

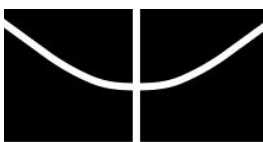


Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

TAYNARA TIEMI ONO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: REFLEXÕES E ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO**

BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2014



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Taynara Tiemi Ono

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: reflexões e análise de direito comparado

Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília como
requisito para a outorga do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Henrique Araújo Costa.

BRASÍLIA
2014

Taynara Tiemi Ono

A flexibilização do procedimento no processo civil brasileiro: reflexões e análise de direito comparado.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a outorga do grau de Bacharel em Direito.

Brasília, 03 de dezembro de 2014.

Professor Doutor Henrique Araújo Costa
Professor Orientador

Professor Doutor André Macedo de Oliveira
Membro da banca examinadora

Professor Mestre Thiago Luís Sombra
Membro da banca examinadora

Aos alicerces de minha vida.

*Aos meus pais, Tsutomu e Hérica,
com quem aprendi o que é amar;*

*Aos meus irmãos, o velho e o novo,
sem os quais não saberia que
dividir é também multiplicar;*

*Ao Thiago, meu porto seguro;
Ao teu lado, até mesmo a tormentosa tempestade
passa como uma brisa recém-nascida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao professor Henrique Araújo Costa por ampliar meu horizonte de pesquisa com suas modernas e interessantes reflexões sobre o processo civil. Tê-lo com orientador foi um privilégio. Muito obrigada pelas lições, pelo acesso ao seu rico acervo literário e por toda sua ajuda na realização deste trabalho.

À professora Loussia Penha Musse Félix, minha primeira orientadora de pesquisa, a quem devo a minha eterna gratidão pelos valiosos ensinamentos que, certamente, muito contribuíram para minha formação acadêmica.

À professora Noemia Garcia Porto, pelos diálogos e, sobretudo, pelas indicações bibliográficas relevantes ao desenvolvimento de minha monografia.

À Camila Torres Rêgo, pelas inestimáveis explicações sobre o processo legislativo e os detalhes relacionados à tramitação de código nas casas legislativas brasileiras, informações estas que dificilmente são exploradas de forma clara e precisa em manuais sobre o tema.

RESUMO

O objetivo da atividade jurisdicional consiste em fornecer uma adequada tutela do direito material. Para que esse objetivo seja alcançado, faz-se necessário um instrumento processual que proporcione resultados eficientes em termos tanto de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais. O Código de Processo Civil de 1973 descreve minuciosamente os atos a serem realizados ao longo do processo e sustenta a rigidez do procedimento. O reflexo prático dessa rigidez é a impossibilidade de mudança ou de adaptação dos atos processuais, excetuando-se a ocorrência de alterações mínimas e apenas em situações especiais. Tem-se, portanto, um sistema rígido e inflexível, o que torna o processo civil brasileiro incompatível com a complexa realidade social do país. O projeto do novo CPC trouxe tentativas de remediar e solucionar essa incompatibilidade. Suscitou-se muitas discussões acerca da ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, mas que acabaram, por fim, não prosperando. Neste trabalho, parte-se da comparação jurídica entre os sistemas processuais brasileiro, inglês e português para estudar e conduzir reflexões acerca da flexibilização do procedimento. Ademais, pretende-se questionar a eficiência do sistema processual vigente, o qual se mostra demasiadamente moroso, o que é devido, certamente, a seu caráter burocrático e formalista.

Palavras-chave: Flexibilização procedimental; Novo Código de Processo Civil brasileiro; Sistema processual civil inglês e português; Direito comparado.

ABSTRACT

The main objective of judicial activity is to ensure adequate protection and enforcement of substantive rights. In order to attain this objective, a procedural instrument is required. Said instrument must deliver effective results in terms of time and content of judicial statements. The description the Brazilian 1973 Civil Procedure Code gives of the acts to be performed in each process is exhaustive and upholds the rigidity of procedure. This thoroughness makes it impossible to change or adapt procedural acts, except in special situations. Because the system is rigid and inflexible, Brazilian procedural law is not compatible with the country's complex social context. The project of a new Civil Procedure Code attempts to solve this incompatibility. Expansion of the judicial power has given rise to much discussion, which, ultimately, has not come to bear fruit. This dissertation seeks to study procedural flexibility, comparing Brazilian, English and Portuguese procedural systems and reflecting on possible solutions. It is, furthermore, this study's objective to raise questions regarding the efficiency of Brazil's current procedural system, which is regarded as excessively slow, certainly due to its bureaucratic and formalist character.

Keywords: Procedural Flexibility; new Brazilian Civil Procedure Code; English and Portuguese civil procedural system; Comparative law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – A (IN)FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	12
1. O PROCEDIMENTO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	13
1.1.O procedimento.....	17
1.2. A condução do processo pelo juiz.....	18
2. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	21
2.1. As novidades apresentadas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.....	23
2.2. A tramitação do projeto no Senado Federal.....	27
2.3. O substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados.....	27
CAPÍTULO II - A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NOS SISTEMAS INGLÊS E PORTUGUÊS.....	30
1. O DIREITO INGLÊS.....	31
1.1. Apontamentos históricos.....	31
1.2. O contexto anterior às <i>Civil Procedure Rules</i> /1999.....	36
1.3. Aspectos gerais das <i>Civil Procedure Rules</i> /1999.....	40
1.4. Os poderes de <i>case management</i>	43
1.5. A flexibilização do procedimento.....	45
2. O DIREITO PORTUGUÊS.....	49
2.1. Apontamentos históricos.....	49
2.1.1. Recepção legislativa no Brasil colonial das leis advindas do reino de Portugal.....	51

2.2. A revisão do Código de Processo Civil português em 1995. Decreto-lei 329-A/1995.....	52
2.3. Retificação autorizada pela Lei 28/1996. Decreto-lei 180/1996.....	54
2.4. O Regime processual civil experimental. Decreto-lei 108/2006.....	55
2.5. O Novo Código de Processo Civil português de 2013.....	54
CAPÍTULO III- A COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS.....	59
1. O DIREITO COMPARADO.....	59
1.1. A relevância da comparação para o desenvolvimento do direito.....	60
1.2. Os problemas decorrentes de uma análise em Direito comparado.....	62
1.2.1. Um exemplo de comparação jurídica problemática.....	63
2. A COMPARAÇÃO ACERCA DA FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PROCESSUAL.....	64
2.1. A disciplina do procedimento nos sistemas adversarial e inquisitorial.....	66
2.2. Os sistemas de flexibilização do procedimento.....	70
2.3. A flexibilização voluntária das regras de procedimento na PL 8.046/2010.....	72
2.4. Mecanismos de controle.....	76
3. UMA MESMA SOLUÇÃO PARA PROBLEMAS DIFERENTES?.....	78
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

O direito é uma disciplina que sofre grande influência do meio em que é gerado. Diferentes sociedades encontram diferentes soluções jurídicas para seus problemas cotidianos, problemas esses que também são reflexos de suas culturas. A norma, os princípios jurídicos, as leis e as decisões dos tribunais carregam consigo aspectos relacionados à bagagem sociocultural dos países em que são produzidos. Tais peculiaridades podem tanto se limitar à nomenclatura diferente de institutos similares quanto fundamentarem a existência de grandes ramos do direito que fragmentaram, em uma antiga classificação, a tradição jurídica ocidental em duas complexas famílias: a tradição romano-germânica e a tradição anglo-saxônica.

Essa divisão proporcionou o florescimento em paralelo de diversos institutos e argumentos que enriqueceram a cultura jurídica de forma geral. O progresso em separado de tais sistemas provocou um distanciamento profundo entre as formas de resolver conflitos de diferentes civilizações, notadamente na esfera processual. O processo civil é uma das áreas mais díspares do direito ocidental. A forma de se organizar o procedimento é também um reflexo das políticas públicas relacionadas à prestação jurisdicional, tal fato reafirma a influência ainda maior de fatores não puramente jurídicos, como por exemplo a política, nesse aspecto do direito.

Os juristas ingleses, ao desenvolverem a tradição anglo-saxônica, se encontrava em uma realidade bastante peculiar. Com a queda do Império Romano, o implemento do feudalismo e a posterior invasão normanda, podemos verificar que a realidade histórica teve grande contribuição para a estruturação do direito inglês. Seu sistema jurídico se caracterizou por um apego menor a regras processuais, suas normas têm caráter geral e o juiz atuava de forma mais parecida como um fiscal das partes que detinham algum grau de poder decisório sobre o procedimento.

A família romano-germânica, dominante na Europa continental, resgatou vários conceitos do antigo direito romano, mesclando os institutos clássicos com o direito feudal então dominante. As leis tinham grande relevância para tal família jurídica e o juiz, em busca da verdade material do processo, era dotado de grandes poderes inquisitórios, podendo conduzir o procedimento. Sua discricionariedade era, entretanto, limitada por regras que descreviam minuciosamente o que poderia e o que não era permitido ser modificado no procedimento, tudo isso como uma tentativa de limitar a arbitrariedade dos agentes públicos.

Pelo que foi descrito podemos concluir que a evolução jurídica do ocidente foi marcada por duas histórias relativamente separadas. Não se exclui aqui que sempre existiu o intercâmbio entre os direitos de diferentes países. As famílias jurídicas não são categorizações estanques. A própria existência de tal classificação é hoje contestada pela doutrina. Um exemplo que podemos citar é o direito português que, incluído na lista de países seguidores da tradição romano-germânica, possui muitas características inerentes ao direito praticado na Inglaterra. Apesar das diferenças entre os sistemas que existiram e que continuam a existir nos dias de hoje, mesmo admitindo-se o intercâmbio, além de todas as respectivas peculiaridades, os problemas enfrentados pelos diferentes direitos são incrivelmente similares.

Assim, ainda hoje, juristas e legisladores tentam buscar soluções, em vários países, para algumas das mazelas que afetam o seu direito processual. A onerosidade para as partes e para o Estado e a morosidade da Justiça, prejudicam o eficaz exercício de direitos dos cidadãos no Brasil, em Portugal e na Inglaterra. Desse modo, não basta apenas tentar melhorar o que já existe, para tentar progredir na resolução de tais problemas, é necessário um olhar mais profundo e buscar por outras formas de se raciocinar o direito.

Caso tenhamos a curiosidade de olhar para o lado e estudarmos o trabalho de outros povos podemos descobrir coisas incríveis. O direito comparado é uma disciplina que admite a possibilidade de se realizar equívocos na importação de conceitos estrangeiros, entretanto, nenhuma disciplina jurídica tem a capacidade que o direito comparado possui de ultrapassar as barreiras do conhecimento jurídico do autor, promovendo uma maior consciência sobre a percepção do nosso próprio direito nacional.

Desse modo, neste trabalho, buscamos refletir criticamente os problemas do processo civil brasileiro e as modificações que este poderá vir a sofrer com a introdução do Novo Código de Processo Civil. Analisaremos também as características dos direitos inglês e português, buscando elucidar, sob a luz do direito comparado, os mecanismos que os juristas de tais países utilizaram para tentar solucionar as deficiências de seus respectivos sistemas processuais. Por fim, buscaremos descrever qual impacto tais medidas teriam na realidade nacional e de que modo essas nos aproximaria do objetivo maior que todo direito almeja, seja qual for a parte do mundo de onde ele venha: a organização da atividade social humana de forma a assegurar a proteção dos cidadãos.

CAPÍTULO I – A (IN)FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

O procedimento representa o aspecto dinâmico do processo ao estabelecer a maneira como os diferentes atos processuais se relacionarão até que se atinja seu objetivo final, o qual “pode ser uma sentença de mérito ou terminativa, a apuração do *quantum debeatur* (liquidação de sentença), a satisfação do direito (processo de execução) ou a obtenção de uma garantia (processo cautelar)”¹.

Atualmente, o Código de Processo Civil e legislações extravagantes sistematizam variados tipos de procedimentos, que podem vir a ser adotados a depender do tipo da demanda apresentada pelo jurisdicionado. A existência de uma multiplicidade de procedimentos, analisadas conjuntamente com a natureza da prestação jurisdicional pretendida, tem por escopo conferir maior efetividade às regras procedimentais, como por exemplo aquelas que definem os prazos e o modo como determinados atos serão realizados. De modo geral, a prática dos atos processuais submete-se às formalidades impostas pelo código e varia de acordo com o rito processual selecionado.

O legislador, visando a tornar mais eficiente a atividade jurisdicional em termos de previsibilidade e segurança jurídica, sem contudo ignorar totalmente as diferentes características das demandas submetidas ao judiciário, definiu alguns modelos rígidos de procedimentos regidos por regras específicas. Determinada causa seguiria determinado rito caso possuísse as características definidas pela lei processual que as enquadrassem no referido procedimento. Tais critérios podem estar relacionados ao valor da causa, à espécie do direito material a ser tutelado, ao número de litigantes, etc. Buscou-se, em certa medida, considerar os aspectos subjetivos mais evidentes dos casos concretos.

Entretanto, pode-se notar a incapacidade do legislador de prever todas as formas e situações em que uma lei vai ser aplicada. Assim, uma atividade legislativa que realmente leve em consideração a subjetividade na aplicação fática de diplomas normativos deve ter consciência de suas fraquezas antes de criar um sistema e saber que, muitas vezes, precisará criar regras gerais, uma vez que, como já dito, é impossível definir minuciosamente situações hipotéticas até exaurir um tema. Portanto, apesar de o legislador ter considerado a diversidade das demandas ao tentar agrupá-las, a partir de critérios legalmente estabelecidos, vinculando-as a ritos processuais (ou procedimento) específicos, a sua atuação mostra-se insuficiente para

¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 81.

abarcam a complexidade inerente às relações sociais, o que, em termos práticos, pode levar a um processamento ineficaz do feito.

Por esse motivo e devido à atual tramitação legislativa do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, a temática da flexibilização procedimental ganhou maior relevância e passou recentemente a suscitar debates e questionamentos acerca dos possíveis efeitos jurídicos e práticos caso tal flexibilização fosse implementada no sistema processual brasileiro. Para melhor se abordar o assunto, é importante compreender o funcionamento do sistema processual vigente e as mudanças do CPC que se cogitam nas casas legislativas. Tais explicações serão apresentadas a seguir.

1. O procedimento à luz do Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil vigente disciplina minuciosamente os atos do processo, sendo poucas as normas de caráter geral presentes na lei relacionadas à forma dos atos processuais². Aliado a isso, o rigor formal na determinação da ordem dos atos e na distribuição dos ônus e deveres às partes tem sido reconhecido, por parte da doutrina, como essenciais ao incremento da eficiência e da segurança do processo³. Ademais, tal necessidade de formas legalmente pré-estabelecidas também associa-se a uma preocupação com a estruturação e a organização interna do processo, responsáveis por emprestar previsibilidade ao procedimento⁴.

Desse modo, buscou o legislador, por intermédio do Código do Processo Civil de 1973, submeter os atos processuais a normas que descrevem, detalhadamente, a forma como esses deverão se manifestar ao longo do processo. Concomitantemente, o legislador destacou a importância da instrumentalidade de tais regras ao considerar como fundamental o cumprimento da finalidade essencial que os atos visam a alcançar no processo.

Não obstante o art. 154 do CPC/1973⁵ disponha sobre o princípio da liberdade das formas, ao prever a independência formal dos atos e termos processuais quando estes não forem exigidos em lei, este dispositivo encontra restrições à sua aplicação prática uma vez

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 230.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153-155.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

⁵ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

que a quase totalidade dos atos já se situam expressamente dispostos em lei. Tal regra tem a função preponderante de encerrar o sistema, “pois apenas estabelece o princípio da liberdade para aquilo que não é expressamente regulado”⁶, ou seja, a liberdade de definir o modo como uma demanda será processada está atrelada à inexistência de exigência legal, o que ocorre apenas excepcionalmente em nosso diploma normativo processual.

De acordo com Enrico Tullio Liebman, “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”⁷. O autor faz críticas ao excesso de formalismo na consecução dos atos processuais. Segundo seu entendimento, as regras sobre procedimento têm a função de permitir um regular movimento do processo e, conseqüentemente, fornecer aos jurisdicionados a certeza e precisão dos atos. Ao mesmo tempo, condena a visão puramente legalista das formas, que atribui validade aos atos processuais somente quando realizados em conformidade com a lei. Para o jurista italiano, o que garante a validade dos atos processuais é o cumprimento de sua finalidade essencial no processo, mesmo que sua realização tenha ocorrido contrariamente à norma que o rege. Confere-se, desse modo, relevância ao princípio da instrumentalidade das formas, que visa a relacionar a validade do ato ao seu escopo⁸ no processo.

Alinhando a esse entendimento, o CPC/1973, nos arts. 154, 244⁹ e 250¹⁰, criou mecanismos para afastar o excesso de formalismo. A literalidade de tais regras aponta para a possibilidade de convalidação de atos processuais, executados de maneira diversa à da lei, quando estes conseguirem atingir sua finalidade essencial¹¹, ainda que provenientes de uma violação formal que o próprio sistema puna com pena de nulidade. Nesse caso, o princípio da instrumentalidade se manifesta no sentido de tornar a atividade jurisdicional mais compatível com as noções de economia processual, celeridade e tutela eficiente do direito. Além do mais, vale ressaltar que o princípio da instrumentalidade das formas também cumpre com os

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 230.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 258.

⁸ “Ele significa que as formas não tem valor intrínseco próprio, sendo estabelecidas apenas como meio para atingir plenamente o escopo de cada ato; a necessidade de observá-las deve, por isso, ser medida em cada caso com o metro da consecução desse escopo”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 230).

⁹ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

¹⁰ Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 120.

princípios da convalidação, da causalidade e do interesse processual, todos pretendendo salvaguardar o processo das consequências do ato nulo, relativizando assim o desatendimento à forma em sentido estrito¹².

Nota-se que, a partir da compreensão dos juristas Fernando da Fonseca Gajardoni e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, acerca do princípio da instrumentalidade das formas, o “nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela”¹³ e que o formalismo excessivo que tanto se discute no contexto brasileiro decorre, “em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei [...] desatento aos valores do processo, pouco afeito ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansioso por facilitar seu trabalho – do que do próprio sistema normativo”¹⁴. Os autores consideram que apesar de haver, no ordenamento processual civil, normas que regem minuciosamente o procedimento, o legislador as relativizou em benefício do princípio da instrumentalidade das formas. A partir disso, concluem que, no entanto, tal relativização tem sido negligenciada pelos operadores do direito que acabam insistindo em valorizar o formalismo procedimental.

A partir dessas considerações, cabe levantar o seguinte questionamento: há flexibilidade das regras de procedimento no processo civil brasileiro? Para responder a essa pergunta, convém apresentar o conceito de flexibilização procedimental e, em seguida, compará-lo à noção de instrumentalidade prevista nos arts. 154, 244 e 250 do Código de Processo Civil de 1973 objetivando a, desse modo, verificar a existência ou não de uma correlação entre flexibilidade e instrumentalidade das formas.

A flexibilização procedimental está intrinsecamente relacionada à possibilidade de adequação dos atos processuais às realidades do caso concreto, ainda que em desacordo com as normas formais positivadas, o que permite a eliminação ou a modificação de atos devido à, respectivamente, sua desnecessidade e incompatibilidade quando comparados às realidades fáticas de uma demanda¹⁵.

¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 121.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 153-157.

Por sua vez, a instrumentalidade disposta nos arts. 154, 244 e 250 do CPC/73 parte de um foco diferente, não propriamente da adequação dos atos processuais às particularidades das demandas, mas da possibilidade de convalidação de atos realizados contrariamente à lei, desde que atendidos seus escopos essenciais e não causem prejuízos à defesa das partes. Portanto, diferentemente dos fundamentos que sustentam a flexibilização procedimental, a instrumentalidade em comento busca, primordialmente, reconhecer a utilidade das formas no processo com a pretensão de validar atos praticados de modo diverso ao previsto em lei com o fulcro de salvar ou diminuir os efeitos do ato nulo, ou seja, há um interesse voltado mais especificamente para a economia e a celeridade processuais.

Vale ainda ressaltar que, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, o princípio da instrumentalidade pode adotar duas feições diferentes. No tradicional processo legalista, como por exemplo o brasileiro, a instrumentalidade destina-se à atenuação e racionalização dos rigores das exigências formais, o que pode ser observado a partir do disposto nos artigos anteriormente comentados. Por outro lado, no processo marcado pela liberdade das formas, “em que não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática de atos processuais, competindo aos sujeitos do processo determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado”¹⁷, o princípio da instrumentalidade serve de parâmetro a essa liberdade amparando o respeito às garantias fundamentais como requisito de validade dos atos.

Feitas essas considerações, a instrumentalidade não se confunde com a flexibilização. O procedimento processual civil brasileiro adota o sistema da legalidade das formas¹⁸ em que o modo, o local e o tempo que os atos processuais se realizarão encontram-se minuciosamente pré-estabelecidos em lei. Nesse contexto, uma hipotética violação a essas regras poderia incorrer em uma nulidade, ou não, a depender dos resultados gerados, se compatíveis ou não com a finalidade essencial do procedimento. A flexibilização pressupõe a adequação do procedimento às particularidades do caso concreto sem que isso seja considerado uma violação ao ordenamento jurídico vigente. Ou seja, enquanto a análise da instrumentalidade impõe a ocorrência de uma violação, a flexibilização advém de uma permissão legal. Constata-se, diante do exposto, a inflexibilidade (a rigidez) do procedimento processual brasileiro.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 155.

¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190 t.1, abr./jun. 2011, p. 164.

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190 t.1, abr./jun. 2011, p. 164.

1.2. O procedimento

O CPC de 1973 descreve o modo como os atos devem se desenvolver ao longo de um processo. O conjunto desses atos, que se sucedem ordenadamente em direção ao objetivo que pretende alcançar determinado processo, chama-se procedimento. No sistema processual brasileiro, este é marcado por um rigor formal concebido, por parte da doutrina, como essencial à previsibilidade e segurança jurídica.

Conforme a natureza da prestação jurisdicional pretendida, o procedimento a ser utilizado pode variar uma vez que não se encontra completamente dissociado do direito material¹⁹. Com isso, torna-se necessária a existência de procedimentos diferenciados. Desse modo, o CPC classifica os processos, levando em consideração a natureza da tutela demandada, em: processo de conhecimento (livro I), processo de execução (livro II) e processo cautelar (livro III), os quais são disciplinados em três livros diferentes, cada qual descrevendo os seus respectivos procedimentos.

No processo de conhecimento, também conhecido como de cognição, a função jurisdicional atém-se basicamente ao reconhecimento de um direito material frente a uma situação concreta. Ademais, com a criação da Lei 11.232/2005, que estabeleceu a fase de cumprimento de sentenças dentro do processo de conhecimento, houve uma ampliação de sua função, que foi acrescida da atuação prática da norma jurídica concreta²⁰. Tendo em vista essas diferentes finalidades e as especificidades do direito material a ser tutelado, os procedimentos dividem-se em: comum (que subdivide-se em ordinário e sumário) e especial (que podem ser de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária).

Por sua vez, o processo de execução, com base em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, visa ao cumprimento de uma sentença proferida em anterior processo de conhecimento ou dar eficácia a títulos legalmente considerados como extrajudiciais (tais

¹⁹ “A ideia de procedimento puro ou de procedimento neutro abriu espaço à tentativa de instituição de um procedimento comum ou de um procedimento ordinário para tratar de todo e qualquer caso conflitivo. [...] Acontece que apenas um procedimento [...] jamais poderá dar conta das várias necessidades de tutela do direito material”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Volume 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 430-433). Sobre a importância da conexão entre o direito processual e o direito material, Liebman tratou o assunto da seguinte forma: “O estudo do direito processual, especialmente o do processual civil, deve, por isso, ser levado a cabo sempre com viva atenção às suas ligações com o direito material, sem o que se corre o risco de reduzi-lo a um pouco interessante computar de formalidade e prazos” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p.35).

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3.

títulos podem, por si só, ensejar a tutela executiva, a exemplo do que ocorrem com os títulos de crédito). Tem-se como requisito para uma execução legítima a existência de uma obrigação “líquida, certa e exigível”²¹. Diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, no processo executivo o procedimento está mais fortemente restrito ao tipo do título apresentado, portanto, “a cada espécie de prestação corresponde um tipo de procedimento, inexistindo qualquer paradigma geral a que os vários tipos comportem referência”²².

Por fim, o processo cautelar visa à tomada de providências de caráter urgente em que haja necessidade de preservação ou reintegração de um direito subjetivo ameaçado ou lesado ou da ordem jurídica em si. As medidas acautelatórias podem seguir dois ritos diferentes: o rito comum ou o rito especial. As regras do procedimento comum estão dispostas na primeira parte do Livro III as quais abrangem o processamento de grande parte das cautelares. Na segunda parte, o Código descreve os procedimentos especiais cautelares os quais adotam trâmites específicos para determinadas matérias²³.

Nota-se que a atividade processual brasileira é em essência organizada mediante critérios artificiais, criados pelo legislador. Na tentativa de classificar as demandas encaminhadas ao Judiciário em grupos e, com isso, facilitar a escolha do procedimento a ser utilizado no processamento de determinado feito, apreciou-se a natureza do direito material como critério para a referida classificação. Vale lembrar, no entanto, que “ainda que o legislador edite um procedimento adequado a uma situação de direito substancial, isto jamais bastará para atender as circunstâncias do caso concreto. Não há como confundir uma necessidade de direito material – pensada em abstrato – e as peculiaridades do caso concreto”²⁴. Portanto, mesmo diante da previsão de inúmeros procedimentos em nosso ordenamento processual civil, estes são insuficientes para atender, verdadeiramente, as necessidades específicas de uma situação concreta.

1.2. A condução do processo pelo juiz

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 209.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 306-321.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Volume 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 434.

Estudar a flexibilização do procedimento implica em analisar o grau de intervenção do juiz e das partes no processamento do feito. Tal como já exposto, o procedimento processual prescrito em lei não abrange as particularidades de um caso concreto uma vez que, por se encontrar permeado por aspectos de índole subjetiva, torna inviável o esgotamento da matéria por via legislativa. É natural que isso ocorra. E é o que fundamenta o papel do juiz, que seria o de aplicar normas de caráter geral e abstrato aos casos analisados individualmente para, em seguida, observando os limites estabelecidos em lei, fornecer uma espécie de norma concreta e obrigatória às partes²⁵.

Entretanto, a descrição extensiva e minuciosa dos procedimentos, em um sistema rígido de formas, resume a atividade judicial, no curso de um processo, ao estrito cumprimento de regras minudentemente prescritas²⁶. Tais regras inibem possibilidades de adoção de diferentes medidas no processamento das demandas. Conforme já exposto, esse rigor formalista é compreendido como necessário e essencial à garantia contra o arbítrio do juiz, à segurança e à previsibilidade do sistema.

No Código de Processo Civil vigente, o papel do juiz na condução do processo encontra-se disciplinado no art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Há uma tendência sinalizada no projeto do Novo Código de Processo Civil de ampliar as funções do juiz ao incumbir-lhe o papel de flexibilizar o procedimento para adequá-lo às especificidades do caso concreto. Tal matéria, introduzida no código projetado, tem suscitado debates interessantes acerca da funções do juiz no processo e dos fundamentos que justificam a existência do formalismo procedimental.

A forma de condução do processo e o papel do juiz no procedimento são pontos em relação aos quais os ordenamentos das diferentes regiões do mundo divergem. Em relação a

²⁵ “Mas a lei deve realmente ser interpretada e é esse um dos momentos preponderantes da função jurisdicional. A norma jurídica é abstrata e estática, enquanto a vida social está em contínuo movimento e submete ao juiz casos concretos sempre diferentes e sempre novos. O juiz deve procurar entender a norma em todo o seu significado, não só em conexão com o ordenamento inteiro e suprimindo eventuais lacunas da lei, mas também inserindo a própria norma no contexto de uma realidade social em contínua evolução e por isso cheia de exigências e valores novos. Isso não quer dizer, todavia, que ele possa atribuir à norma um conteúdo ditado pelas suas preferências subjetivas e arbitrárias: ao contrário, ele deve esforçar-se por exprimir as exigências e os valores da sociedade do seu tempo”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p.5)

²⁶ “Poucas são as regras de caráter geral ditadas pela lei para disciplinar a forma dos atos processuais”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985, p. 230).

essas divergências na prática processual de cada país, a doutrina procurou classificar o modo como o juiz atua na condução do processo em dois grandes grupos: o sistema adversarial e o sistema inquisitorial.

O modelo adversarial tem como característica a inércia do juiz que, como uma forma de demonstrar sua imparcialidade, mantém-se passivo na condução do processo cabendo às partes o papel de definir seu ritmo, estabelecer os prazos e produzir as provas que eventualmente serão apresentadas em juízo. Por outro lado, o modelo inquisitorial caracteriza-se pela participação ativa do juiz no processo afastando a liberdade das partes de determinar a sua marcha e o direcionamento que entenderem adequado²⁷.

No sistema processual civil brasileiro, a inércia do juiz se observa somente com relação ao ajuizamento da ação que, por se tratar de um direito subjetivo da parte, o Judiciário somente poderá atuar caso seja provocado (art. 2º, Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”). Por outro lado, o juiz, em tese, exerce o controle do processo devendo, entretanto, fazê-lo em consonância às normas previstas no ordenamento jurídico processual.

Em vista disso, na maioria das vezes, a atuação do juiz se traduz na obediência ‘cega’ a normas predefinidas sem, contudo, observar as reais condições em que os processos em si se apresentam. Compreende-se, com isso, um relativo, e de certo modo duvidoso, ativismo judicial, o que aponta o caráter paradoxal do modelo processual adotado no Brasil:

[...] nos processos filiados ao regime inquisitorial, apesar de mais condizentes com o ativismo judicial e possibilidade do juiz controlar o procedimento, as inúmeras limitações legais aos poderes do juiz acabaram por tolher seu ativismo [...]. Paradoxalmente, pese haver reconhecimento dos poderes do juiz na investigação oficiosa do caso, ou na prolação de decisões com base em seu livre convencimento, não se lhe permite regular com liberdade o instrumento.²⁸

Percebe-se, ainda, que juiz brasileiro possui maior liberdade no momento de decidir questões relacionadas ao mérito (Ex.: art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento) quando comparado ao seu poder de controlar o procedimento. Tem-se, aqui, o procedimento mais como uma garantia contra o arbítrio e não propriamente como um instrumento para se alcançar a verdade dos fatos.

²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 164-167.

²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 166.

Importa ressaltar que, apesar dessas considerações, a inserção da flexibilização procedimental em um dado sistema não se contrapõe necessariamente à existência de regras de procedimento e de normas minuciosas. A flexibilização serviria mais como um mecanismo em que o juiz ou as partes pudessem adequar as fases e os atos processuais às particularidades de um caso concreto, mesmo que isso incorra em uma rejeição de normas já estabelecidas. Pressupõe-se, com a flexibilização procedimental, a insuficiência das normas legisladas frente à pluralidade e às mudanças constantes de uma sociedade complexa e entende-se que a mera subsunção a elas não permitiria a concretização de uma completa e eficaz prestação jurisdicional.

2. A reforma do Código de Processo Civil

O projeto de lei que visa a reformar o Código de Processo Civil brasileiro encontra-se em tramitação legislativa. Ao longo do processo legislativo, mudanças significativas puderam ser observadas com relação às normas relativas ao procedimento, mais especificamente, quanto à possibilidade de flexibilização diante de hipóteses concretas que demandem um tratamento diferenciado do caso. Para compreender a complexidade de tal tema, faz-se necessário entender as fases e os percursos seguidos pelo referido projeto até o presente momento e as principais emendas propostas pelas casas do Congresso Nacional responsáveis por provocar alterações significativas de sentido dos dispositivos que tratam sobre o assunto.

Em setembro de 2009, foi instituída uma comissão de juristas para elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil por ato²⁹ do presidente do Senado Federal, José Sarney. Em junho de 2010, esta comissão finalizou seus trabalhos com a apresentação do texto que, então, viria a ser analisado por uma comissão formada de Senadores nomeados especificamente para este fim.

Iniciou-se a tramitação do projeto de lei no Senado Federal (PLS 166/2010). A comissão de Senadores foi instalada em agosto de 2010 e presidida pelo Senador Demóstenes Torres que designou Valter Pereira como Relator-geral. As atividades da comissão tiveram como objetivo “ouvir todos os seguimentos interessados de modo a, ao final, suprir eventuais omissões, corrigir ocasionais deficiências e excluir equívocos para entregar à sociedade um

²⁹ Ato do presidente nº 379 de 2009 que instituiu a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Código que se constitua um moderno instrumento de aplicação do Direito”³⁰. Para esse fim, foram realizadas audiências públicas e reuniões com especialistas da área e analisadas as sugestões encaminhadas por órgãos e instituições atingidas pelo projeto. Em dezembro de 2010, foi apresentada a redação vencida do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 166/2010³¹.

Aprovado o projeto no Senado Federal (casa iniciadora), este passou a tramitar na Câmara dos Deputados, para revisão, como Projeto de Lei 8.046/2010. Nessa ocasião, foi designado como Relator-geral da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto o Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Após a apresentação de emendas pela comissão, foi aprovada, em março de 2014, a redação do Substitutivo da Câmara dos Deputados.

Frente a isso, o projeto retornou ao Senado Federal, em março de 2014, para a apreciação exclusiva das emendas feitas no âmbito da Câmara dos Deputados as quais passam a ser passíveis de rejeição ou acolhimento por parte da casa iniciadora³². Até junho de 2014 foi oferecido o total de 186 emendas de redação ou supressiva³³, nenhuma delas, entretanto, insurgia-se contra a redação do art. 191 e seus incisos, do Substitutivo da Câmara dos Deputados, a última mudança legislativa no tocante à matéria da flexibilização do procedimento processual até o presente momento.

Após a deliberação da redação final do Projeto de Lei 8.046/2010, este deverá ser encaminhado ao Presidente da República que, “o aquiescendo, o sancionará [sanção expressa], o promulgará e publicará a lei dele resultante, ou, não aquiescendo, deixará correr a quinzena em silêncio, o que implicará sanção [sanção tácita], ou vetá-lo-á no todo ou em parte, comunicando os motivos do veto ao Presidente do Senado Federal”³⁴. Na hipótese de apresentação de veto, este será “submetido à apreciação do Congresso Nacional, que poderá

³⁰ Plano de Trabalho da comissão temporária destinada à análise do projeto de novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=81947&tp=1>>. Acesso em: 8 de out. 2014.

³¹ Redação do Substitutivo do PLS 166/2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1>>. Acesso em: 8 de out. 2014.

³² Art. 65, CF/88. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

³³ Relatório de emendas apresentadas no prazo estabelecido no Plano de trabalho do Relator Senador Vital do Rêgo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=152359&tp=1>>. Acesso em: 8 de out. 2014.

³⁴ Inserções minhas em colchetes (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007).

rejeitá-lo pela maioria dos seus membros; rejeitando-o, o projeto vira lei que deverá ser promulgada e publicada; acolhendo-o, será arquivado”³⁵.

Não obstante o processo legislativo ainda esteja em andamento, o que torna incerto o conteúdo legal da questão da flexibilização das normas de procedimento, o tema mantém a sua relevância no presente trabalho. O foco deste estudo não volta-se propriamente para a perspectiva da dogmática jurídica em que há, preponderantemente, uma preocupação prática de se compreender o direito enquanto norma e, portanto, voltada para a definição de critérios de aplicação de regras jurídicas aos casos concretos³⁶. O maior interesse deste estudo é o fornecimento de dados e questionamentos os quais servirão de subsídio para reflexões acerca da realidade processual brasileira, seja ela doutrinária, legislativa ou jurisprudencial, que, conforme será demonstrado, tem estado, nos últimos anos, aberta a influências estrangeiras, o que tem ampliado e suscitado debates acerca do funcionamento do sistema processual civil brasileiro.

2.1. As novidades apresentadas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

As propostas de mudanças introduzidas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, formulada pela comissão de juristas³⁷, fundaram-se, de modo geral, na busca pela eficiência da tutela jurisdicional. Eficiência esta que tem se evidenciado inconsistente quando analisada do ponto de vista do sistema processual civil vigente, seja por conta do enfraquecimento da coesão entre as suas normas provocada pelas significativas alterações efetuadas no código a partir dos anos de 1994 e 1995, seja devido a sua omissão diante das necessidades sociais. Constatado tais fatos, o trabalho da comissão voltou-se para a identificação e manutenção de dispositivos do CPC/1973 cujos efeitos ainda geram resultados positivos, a diminuição da complexidade em prol de um processo mais célere e justo e a instrumentalização do processo com o escopo de assegurar o cumprimento do direito material.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 530.

³⁶ COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 171.

³⁷ Os membros designados para compor a comissão de juristas destinada à elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foram: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2014.

Desse modo, as atividades realizadas pela comissão tomaram como diretrizes os seguintes objetivos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.³⁸

Foram esses objetivos que motivaram as modificações sugeridas pela comissão. Quanto à questão da flexibilização do procedimento, ganha relevo os objetivos de n. 2 e 4 os quais alinham-se à noção de processo como instrumento inserido no contexto social³⁹, portanto, passível de modificações que visam à sua adaptação às particularidades do caso concreto permitindo, desse modo, que cada processo tenha maior rendimento possível⁴⁰. Com base nesses pontos, foram criados os artigos 107, inciso V e 151, § 1º, os quais tinham como intenção dar efetividade às necessidades aduzidas dos objetivos mencionados pela comissão:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Art.151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. §1o Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Vale ressaltar que a origem da ideia de se conferir ao magistrado o poder-dever de adaptar o procedimento às situações dos casos concreto, exposta no Anteprojeto, partiu da análise de experiências jurídicas externas, tal como o *case management powers* do processo civil inglês (Civil Procedure Rules, 1999) em que o juiz exerce um papel ativo na condução do processo, o que permite, por exemplo, a suspensão ou a supressão de atos e prazos processuais. De acordo com a sistematização apresentada por Fernando da Fonseca

³⁸ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2014.

³⁹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2014, p. 22.

⁴⁰ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2014, p. 29.

Gajardoni, a condução ativa do processo pelo juiz que permite a adaptação do procedimento às variantes do caso concreto com buscando atingir a adequada tutela pode ser compreendido como “flexibilização procedimental legal genérica”⁴¹.

2.2. A tramitação do projeto no Senado Federal

Iniciada a tramitação do projeto de lei n. 166/2010 no Senado Federal, a flexibilização procedimental disciplinada nos arts. 107, V e 151, §1º, do Anteprojeto do Novo CPC, foi um entre dois pontos do projeto “mais criticado em audiências públicas, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e pelas diversas manifestações”⁴² encaminhadas à Casa legislativa.

Os Senadores Francisco Dornelles⁴³ e Adelmir Santana⁴⁴ propuseram as emendas de nº 15, 16 e 21 objetivando a supressão de tais artigos do projeto. Os principais argumentos que justificaram essa proposição foram os de que o procedimento integra a noção de devido processo legal; de que a mudança do procedimento pelo juiz constituiria uma arbitrariedade; de que as regras processuais são normas de direito público que servem para conter o poder do juiz e orientar a estratégia de defesa da parte; e de que houve um desvirtuamento das regras inglesas que serviram de inspiração para a elaboração desses dispositivos uma vez que naquelas o legislador britânico se atentou em apresentar um rol específico e detalhado dos poderes conferidos ao juiz, enquanto que nesses não houve a delimitação da atuação do magistrado ficando ao seu arbítrio o poder de alterar regras.

Em audiência pública realizada em 2 de dezembro de 2010, o jurista Antônio Claudio da Costa Machado⁴⁵ expôs críticas contra tais dispositivos que, no seu entendimento,

⁴¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 158.

⁴² Relatório Final apresentado pelo Senador Valter Pereira em 24 de nov. 2010, p. 144. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>>. Acesso em: 9 de out. 2014.

⁴³ Emendas propostas pelo Senador Francisco Dornelles estão disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82256&tp=1>>. Acesso em: 9 de out. 2014.

⁴⁴ Emendas propostas pelo Senador Adelmir Santana estão disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82279&tp=1>>. Acesso em: 9 de out. 2014.

⁴⁵ Doutor em direito pela Universidade de São Paulo (1997), mestre em direito pela Universidade de São Paulo (1989), graduado em direito pela Universidade de São Paulo (1982). professor do mestrado em direito do Centro UNIFIEO (2000), ministra as disciplinas: instrumentos processuais infra-constitucionais, princípios constitucionais do processo, ainda no UNIFIEO ministra aula no curso de especialização em direito civil e processo civil (2004) com as disciplinas: teoria geral do processo, teoria geral dos recursos e tutela de urgência e de garantia. professor da graduação da FADUSP (1983), ministra as disciplinas: teoria geral do processo, direito processual civil, procedimentos especiais, processo civil aplicado e procedimentos civis do ECA. Atua principalmente nos seguinte tema: direito processual civil. Disponível em:

outorgavam excessivos poderes aos juízes de primeira instância; advertiu sobre os riscos que o processo civil estava correndo de se tornar um instrumento autoritário; e, apontou a tendência do processo civil em se transformar em um processo do trabalho em que cada juiz “acaba aplicando o código de processo que tem na sua cabeça”⁴⁶.

Diante das discussões suscitadas pela inclusão da matéria da flexibilização procedimental nos referidos dispositivos pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, as emendas de nº 15 e 16 foram parcialmente acolhidas no sentido de limitar a flexibilização do procedimento pelo juiz a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão do ônus de prova⁴⁷. Quanto à emenda de nº 21, essa foi totalmente acolhida no sentido de suprimir a redação do art. 151, §1º, do Anteprojeto por tratar de matéria idêntica ao art. 107, V⁴⁸. O argumento central que resultou na mitigação da flexibilização voltou-se, basicamente, para a tese de que a ampla adequação do procedimento pelo juiz, frente às peculiaridades do caso concreto, geraria insegurança jurídica.

O substitutivo apresentado pelo Senado Federal passou então a disciplinar a matéria do seguinte modo:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Nessa etapa do processo legislativo, a flexibilização procedimental restringiu-se à dilatação de prazos processuais e à alteração da ordem de produção do meios de prova.

<<https://uspdigital.usp.br/tycho/CurriculoLattesMostrar?codpub=07A36A3F3CB0>>. Acesso em: 12 de out. 2014.

⁴⁶ Ata da 7ª Reunião da Comissão, audiência pública, na cidade de São Paulo - SP. Publicação em 02/12/2010 no DSF, p. 55115-55116. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=02/12/2010&paginaDireta=55098>>.

Acesso em: 10 de out. de 2014.

⁴⁷ “A Emenda nº 15 merece acolhimento parcial. Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu “Código”, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”. “A Emenda nº 16 é idêntica à emenda 15. Assim, pelos mesmos fundamentos, também a acolhemos parcialmente”. Parecer da Comissão temporária da Reforma do Código de Processo Civil, p. 199. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>>. Acesso em: 10 de out. de 2014.

⁴⁸ “A Emenda nº 21 merece acolhimento integral. . O art. 151, § 1º do PLS nº 166, de 2010, repete, em parecidos termos, o que está previsto no art. 107, V, que, ao seu turno, como dito, foi substancialmente alterado. Realmente, o parágrafo deve ser excluído porque a possibilidade de o juiz alterar qualquer fase do processo pode gerar insegurança jurídica. Parecer da Comissão temporária da Reforma do Código de Processo Civil, p. 200. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>>. Acesso em: 10 de out. de 2014.

2.3. O substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei passou a tramitar como PL 8.046/2010. Nessa ocasião, foram propostas 900 emendas ao projeto aprovado no Senado Federal, sendo que as de nº 222, 788, 805 e 859 tangiam a flexibilização procedimental.

As emendas de nº 788 e 805 de autoria do Deputado Miro Teixeira propuseram a eliminação de todo e qualquer tipo de flexibilização procedimental do ordenamento processual diante das respectivas propostas de alteração da redação do art. 118, que apresenta o rol de deveres dos magistrados, e de supressão do inciso V do art. 118 do substitutivo Senado Federal. A ideia da emenda nº 788 foi inicialmente apresentada pelo professor Antônio Cláudio da Costa Machado sob o fundamento de que “vivemos em um Estado Democrático de Direito e sob a égide do princípio do devido processo legal, agride a Constituição Federal a ideia de conferir superpoderes aos juízes de primeiro grau, dentre os quais, o de mexer no procedimento” e, por isso, a possibilidade de o juiz dilatar prazos e alterar a ordem de produção dos meios de provas adequando-os às necessidades do conflito, transformaria, a garantia do “devido processo legal” em “devido processo judicial”.

A proposta de emenda nº 805 foi encaminhada pelo jurista Caio Leonardo Bessa Rodrigues, presidente da comissão de acompanhamento da reforma do Código de Processo Civil da Ordem dos Advogados/DF. A supressão do inciso V do art. 118 partiu da noção de que a “ação estatal deve ser contida nos limites claros da Lei”, sob risco de por em xeque a segurança jurídica. De acordo com o autor da proposta, o rigor do formalismo poderia ser limitado diante das particularidades do caso concreto, desde que as hipóteses de adaptação das regras estivessem previamente previstas em lei⁴⁹. Essa dependência legal para a promoção de adaptação pelo juiz alinha-se ao chamado “sistema de flexibilização por força da lei”⁵⁰.

⁴⁹ O autor da proposta de emenda apresentou exemplos em que o legislador permite ao magistrado, de acordo com os casos especificados em lei, adaptar o procedimento frente determinadas particularidades de um caso concreto. Para isso citou trecho do texto de Fredie Didier Jr: “Podem ser citadas, apenas como exemplos: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, ope iudicis, preenchidos certos requisitos), de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65, art. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, CPC, previstas em seus parágrafos etc.” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto073.doc>>. Acesso em 12 de out. 2014).

⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 157.

Por sua vez, a emenda nº 859 do Deputado Jerônimo Goergen retoma a noção inicial de flexibilização apresentada no anteprojeto ao apresentar uma nova redação ao art. 118 e estabelecendo no inciso VII o dever de o juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificidades da tutela do direito postulada em juízo, de modo a conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, observado o contraditório”. Destacou, o Deputado, a necessidade de cooperação na direção do processo e o dever do magistrado de assegurar a igualdade de tratamento entre as partes.

As emendas nº 222, 788 e 805 restaram rejeitadas e a emenda nº 859 foi parcialmente acolhida. Nota-se que as discussões sobre o projeto ocorridas no âmbito da Câmara dos Deputados retomaram, em parte, a noção inicial da importância da flexibilização procedimental apresentada pelo Anteprojeto do CPC. Por meio da leitura das justificativas de rejeição de tais emendas⁵¹, observou-se a valorização do princípio da adequação formal, que estaria em consonância com as demandas apresentadas por boa parte da doutrina nacional e alinhada às mudanças que vêm ocorrendo no direito estrangeiro como, por exemplo, no direito português. Desse modo, manteve-se no substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados a possibilidade de o juiz dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova com a finalidade de adequá-los às necessidades do conflito:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Ademais, algumas inovações, no tocante ao tema da flexibilização procedimental, foram realizadas no sentido de ampliar os poderes das partes na regulação do procedimento e dos prazos processuais. Por intermédio de acordo firmado entre partes plenamente capazes e em situação de equilíbrio de poder sobre direitos que admitam a sua autocomposição, o art. 191 do substitutivo da CD procura tornar viável o ajuste do procedimento às especificidades da causa, a convenção acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais de cada uma das partes:

Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

§ 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no

⁵¹ Relatório-geral da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “código de processo civil”, p. 486-487. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 13 de out. 2014.

procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 2o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

§ 4o De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Nota-se, portanto, uma tentativa de ampliar a participação das partes na condução do processo que, por meio de acordo, poderão alterar regras de procedimento e fixar prazos para a prática de atos processuais. Esta forma de adequação, que inclui a participação das partes, aproxima-se da noção de “flexibilização voluntária das regras de procedimento” sistematizada por Fernando Gajardoni⁵².

⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 158.

CAPÍTULO II - A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NOS SISTEMAS INGLÊS E PORTUGUÊS.

Ultrapassar os limites das fronteiras geográficas nacional para estudar o direito estrangeiro amplia as percepções do pesquisador sobre qualquer tema. O processo civil brasileiro, filiado ao sistema da legalidade das formas, sempre se pautou nas normas positivadas pelo legislador para se organizar e reger minuciosamente os atos necessários ao seu andamento. Entretanto, esse *modus operandi* tem sido objeto de questionamentos e debates em várias esferas, dentre elas acadêmica, doutrinária, legislativa.

As propostas apresentadas ao Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil (PL do NCPC), em trâmite no Poder Legislativo, têm sinalizado uma mudança de mentalidade com relação às funções do formalismo para com os objetivos do processo. A atenuação do rigor formal em favor da assimilação das particularidades do caso concreto na conformação dos procedimentos, realizada pela chamada flexibilização procedimental, foi introduzida inicialmente no anteprojeto do NCPC, posteriormente, limitada no Senado Federal e, por fim, retomada com um enfoque diferente na Câmara dos Deputados. Logo, não se observou uma homogeneidade de entendimentos.

A flexibilização foi recepcionada com muita desconfiança e parte disso se deve ao fato de nosso sistema legalista de formas sempre ter regido o processamento dos feitos. Portanto, qualquer proposta de mudança no cerne desse sistema é capaz de suscitar grandes discussões. O contato com o desconhecido gera, naturalmente, a dúvida, a insegurança e uma possível resistência à aceitação, pois “no momento em que recebemos uma informação nova, não somos capazes de perceber todas suas implicações”⁵³. Como forma de tratar tais sintomas, vale recorrer aos conhecimentos extraídos do direito estrangeiro. Conhecer o funcionamento de certo instituto em diferentes jurisdições pode motivar uma ampliação de percepções e permite compreender suas implicações práticas em dado contexto ao “revelar cenários improváveis para aqueles de forte influência dogmática”⁵⁴.

Os ordenamentos jurídicos inglês e português permitem, expressamente, a flexibilização de suas respectivas normas de procedimentos. Vale lembrar que tais sistemas sofreram influências de bases jurídicas diferentes. A Inglaterra foi o berço de origem da *common law* e, por sua vez, Portugal seguiu os fundamentos da família romano-germânica.

⁵³ COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p.28.

⁵⁴ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.42.

Essas diferenças tornam ainda mais interessante e mais proveitoso o estudo desses sistemas processuais. O pesquisador brasileiro, que se encontra limitado ao conhecimento de seu próprio direito, poderá deles extrair noções que antes não podiam sequer ser imaginadas.

Partindo-se disso, os argumentos favoráveis e contrários à flexibilização do procedimento no processo civil brasileiro passam a se embasar na análise dos seus efeitos concretos, provenientes do estudo de aspectos práticos e teóricos da flexibilização no direito estrangeiro. Observar os diferentes resultados e o contexto em que a flexibilização procedimental se instaurou permite o aprimoramento de nossas compreensões acerca do assunto. Portanto, o estudo do direito inglês e português mostra-se oportuno ao desenvolvimento do presente tema uma vez que este tem sido alvo de críticas severas e, em um extremo oposto, de aplausos, após o início da tramitação do PL do NCPD.

1. O Direito inglês

1.1. Apontamentos históricos

Para a melhor compreensão da essência do direito inglês, devemos traçar aqui uma perspectiva do desenvolvimento do sistema jurídico da *common law* que leve em conta suas origens históricas. Os fenômenos sociais e políticos ocorridos no passado medieval do século XI da Inglaterra explicam e justificam grande parte das características definidoras do sistema jurídico desse país que, devido a isso, se distanciou ainda mais do modelo jurídico dos países da Europa continental.

Em 1066, ocorreu a conquista normanda do território inglês. O aspecto relevante gerado pelo episódio foi a mudança na organização social da Inglaterra que passou de um país cujo povo vivia sob um sistema tribal a um país feudal, com território e organização de poder estabelecidos pela elite conquistadora normanda. Houve a centralização do poder real, submetendo os senhores feudais⁵⁵, muitos deles outrora aliados normandos de Guilherme, o conquistador, a uma situação de dependência. Tal fato histórico constituiu-se como o ponto de partida responsável pela criação de um ambiente propício ao surgimento da *common law*,

⁵⁵ O feudalismo observado na Inglaterra é marcado por uma peculiaridade que o difere dos outros sistemas feudais adotados em diferentes regiões da Europa os quais funcionavam sob o pressuposto de se verificar um poder descentralizado, distribuído entre os senhores feudais. O feudalismo inglês, apesar de promover a divisão territorial em feudos, manteve um sistema de monarquia não feudal, ou seja, centralizado. Tal sistema foi implementado por Guilherme, o conquistador. (CAENEGEM, RCV. *The birth of the English common law*. 2 ed. Cambridge: University Press, 2004, p. 8).

modelo jurídico originado na Inglaterra e que constitui a base do funcionamento do direito inglês⁵⁶.

Previamente à conquista, o costume local coordenava o funcionamento do sistema de resolução de conflitos realizado pela assembleia dos homens livres, conhecida como *County Court* ou *Hundred Court*. Essas Cortes subsistiram por algum tempo após a conquista normanda, até serem substituídos por jurisdições senhoriais que também atuavam com base na aplicação do direito costumeiro local. Tais jurisdições intitulavam-se como *Courts Baron*. Nessa época, havia um grande número de tribunais e cada qual aplicava regras próprias e específicas, extraídas a partir do direito costumeiro, do espaço físico a que pertencia. Ademais, para o tratamento de assuntos eclesiásticos, foram introduzidas jurisdições eclesiásticas voltadas para a aplicação do direito canônico comum a toda a cristandade⁵⁷.

Simultaneamente ao funcionamento das jurisdições senhoriais/locais e eclesiásticas, existiram as jurisdições reais exercidas pelos Tribunais Reais de Justiça⁵⁸. Inicialmente sua competência limitava-se às questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e com a paz do reino envolvendo graves questões criminais⁵⁹. No entanto, passado algum tempo, essa competência ampliou-se por vários pretextos⁶⁰, os quais acabaram ensejando no aumento do poder central. Dentre eles, o interesse do rei em estender seus poderes no reino; o aumento dos lucros proporcionados pela administração judicial, objetivado pelos juízes reais e pelo Chanceler⁶¹; as demandas dos particulares favoráveis a essa extensão, pois entendiam a justiça real como superior às jurisdições locais⁶². Até que, no final da Idade Média, ao passo que as outras jurisdições

⁵⁶ Vale ressaltar que “tecnicamente falando, o direito inglês está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem o direito do Reino Unido, nem mesmo o da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por uma lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito “inglês””. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 353).

⁵⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 359.

⁵⁸ Vale ressaltar que, inicialmente, no início da conquista normanda, o rei exercia, na *Curia regis*, a chamada “alta justiça” em que tomava conhecimento apenas de conflitos excepcionais envolvendo, por exemplo, ameaças à paz do reino e circunstâncias que não permitiam que a justiça fosse praticada pelos meios normais. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p.358).

⁵⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 360.

⁶⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 361.

⁶¹ Assim como os juízes reais, o Chanceler atuava em nome do rei. Entretanto, as atribuições que exerciam eram diferentes uma da outra ao passo que, enquanto os juízes reais se detinham às regras da *common law*, os Chanceleres podiam valer-se da *equity* para o julgamento de suas demandas. Mais à frente, essa noção será abordada com maior detalhamento.

⁶² Nesse tempo, somente os Tribunais Reais possuíam alguns instrumentos necessários à realização efetiva de um processo, quando comparados aos meios utilizados pelas jurisdições senhoriais. Por isso, detinham condições de, exemplificativamente, assegurar o comparecimento de testemunhas, executar suas decisões, obrigar a prestação de juramentos, o que reforçou a ideia de superioridade da jurisdição real sobre a jurisdição local.

foram perdendo sua importância ou se extinguíram, os Tribunais Reais de Justiça passaram a ser os únicos a administrar a justiça. Desse modo, estas cortes ficaram responsáveis pela criação de um direito comum a toda Inglaterra.

A obtenção de uma tutela jurisdicional dos Tribunais Reais dependia da concessão de um *writ*, feita por um oficial da coroa após a verificação da compatibilidade entre a competência material da jurisdição real e a natureza da demanda apresentada aos demandantes. Especificamente, nesse período, de acordo com René David, o *writ*, além de ser uma ordem real que permitia o processamento de um caso na jurisdição real, se traduzia também, no caso do processo, em fórmulas as quais regulavam a maneira como uma ação deveria ser conduzida ao estabelecer, por exemplo, “a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão”⁶³.

Originalmente, em contraposição ao direito costumeiro local aplicado pelos Tribunais senhoriais, a *common law*⁶⁴ era o direito comum a toda Inglaterra criado a partir dos resultados da atuação dos Tribunais reais. Conforme já explicitado, a outorga de um *writ* dependia da correspondência do caso a um dos tipos de ações que competia às jurisdições reais tomar conhecimento, de modo que a *common law* se constituiu, primeiramente, de formas de ação e, somente aos poucos passou a incorporar normas de caráter substantivo elaborados a partir do acolhimento de diversos costumes locais reconhecidos pelos juízes reais.

⁶³ Extraí-se desse trecho o caráter rígido e extremamente formalista do procedimento processual ajustado pelo respectivo *writ*. René David expõe exemplos que confirmam esse ideia: “Num determinado processo certas palavras devem ser usadas para designar demandante e demandado; o emprego das mesmas palavras seria fatal em outro tipo de processo. Em certo tipo de ação recorre-se a um júri; em outro não há júri, mas admite-se prova por compurgação; malogra-se a ação se o demandado apresenta um certo número de “testemunhas” que se limitam a atestar, sob a fé de um juramento, sua credibilidade. [...] É necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 363-364).

⁶⁴ “A common law não é o direito comum de origem romana [...], mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema de precedente obrigatório). O direito estatutário se contrapõe à common law, sendo ele posto pelo poder soberano. (BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: ícone, 1995, p.33).

Assim, é possível destacar a importância que as questões processuais tiveram nas primeiras fases de formação da *common law* em detrimento do direito material⁶⁵. Tal fato se justificou por conta do processamento de grande parte dos casos perante o Júri o qual exigia “rigorosas e necessárias regras de provas [...], elaboradas para que se obtivessem vereditos razoáveis de jurados ignorantes e facilmente emotivos”⁶⁶. Com a diminuição das hipóteses envolvendo a participação do júri no julgamento das causas, a partir de 1883, houve a gradativa transformação do sistema adotado pelos Tribunais Reais de Justiça, que substituiu o processo muito formalista por um muito mais simples⁶⁷.

Anteriormente à restrição da participação do Júri, como forma de aliviar o excessivo formalismo processual imposto pela *common law*, que acabava por gerar resultados insuficientes às necessidades da época, tornou-se viável, a partir do século XIV, a interposição de recurso à autoridade real⁶⁸. Tal instância não precisava, inicialmente, vincular suas decisões às regras da *common law*, fazendo-o com base na aplicação das regras de *equity*. Muitas vezes, o julgamento das causas pelos Tribunais Reais de Justiça não era capaz de apresentar soluções satisfatórias às partes. Por esse motivo, a intervenção do real surgiria para suprir eventuais omissões e corrigir possíveis falhas do sistema.

A *equity* foi responsável pelas grandes mudanças ocorridas no sistema jurídico inglês que se pautava, anteriormente, apenas em regras rigidamente formuladas pela *common law*. Houve a flexibilização de tais regras ao se permitir, ao Chanceler, em substituição a pessoa do rei, a utilização de regras diferentes das preceituadas pela *common law*, como forma de corrigir imperfeições que poderiam comprometer o justo processamento de uma demanda⁶⁹.

⁶⁵ Conforme René David, “o mais importante não foi, na Inglaterra, até o século XIX, determinar que solução, considerada justa, seria dada aos litígios [...]. O desenvolvimento do direito inglês foi profundamente marcado pela preeminência das considerações referentes ao processo”. p. 290-291. Nesse mesmo sentido, reforça Henrique Costa: “[...] o configuração do direito inglês que conhecemos está longe de ser milenar e, somente no final do séc. XIX, passou a se pautar em um sistema processual que havia superado o sistema de ações. Assim, o caminho jurisdicional deixou de ser totalmente formular apenas em um passado relativamente recente”. (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.47)

⁶⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 404.

⁶⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 404.

⁶⁸ Por meio da delegação de funções, realizada pelo rei e seu Conselho ao Chanceler, para o processamento do recurso a partir das regras de *equity* criou-se a jurisdição do Chanceler: “O recurso, em semelhante caso, passava normalmente pelo Chanceler; este transmitia-o ao rei, se o julgasse oportuno, o qual decidia no seu Conselho a solução para este recurso. [...] graças à Guerra das Duas Rosas, que tornou difícil para o rei estatuir em seu Conselho. O Chanceler, no século XV, torna-se cada vez mais um juiz autônomo, estatuinto em nome do rei e do Conselho, que a ele delegam a sua autoridade”. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p.371).

⁶⁹ “Chancery was able to introduce a measure of flexibility in places where common-law rules had become undesirably rigid [...] he was said the acto according to conscience, or equity, rather than to stric law [...] allowed greater space for judicial discretion than didi common law. (IBBETSON, David. *Common law: English*

Portanto, a *equity* se configurou como um “corretivo necessário à lei para que ela seja justa em sua universalidade [...] autorizando sempre que, dadas as circunstâncias do caso concreto, a norma geral se mostrar indesejável”⁷⁰.

Ao passo que as jurisdições de equidade do Chanceler se destacavam, notou-se uma gradual decadência dos Tribunais de *common law*. Entretanto, devido a algumas circunstâncias como, por exemplo, a má organização da jurisdição do Chanceler e a resistência dos juristas aliados ao parlamento, que se posicionava contrariamente ao fortalecimento do poder real, as jurisdições de *common law* conseguiram se salvaguardar frente ao risco de serem preteridas pela jurisdição do Chanceler⁷¹. Até que, no século XVII, as intervenções do Chanceler passaram a respeitar os precedentes da *common law* e sujeitavam-se ao controle do parlamento inglês.

Com o tempo, as soluções de *equity* tornaram-se “tão estritas, tão jurídicas como as da *common law*” e, com isso, em 1875, por intermédio da *Judicature Act*, a existência da divisão entre as jurisdições de *common law* e de *equity* foi abolida. Desse modo, todas as questões passaram a ser analisados em uma mesma jurisdição e em uma única ação. A intervenção do Chanceler deixou de ser essencial uma vez que o parlamento passou a ter condições para intervir caso o direito inglês demonstrasse necessidade de aperfeiçoamentos⁷².

O direito inglês sofreu mudanças relevantes ao longo da história e compreendê-las nos permite entender algumas de suas características atuais. Inicialmente, o processamento do feito nos Tribunais Reais de Justiça dependia da prévia concessão de um *writ* que, de uma certa maneira, determinava formalidades que deveriam ser atendidas ao longo do processo. Com o tempo, verificada a insuficiência das regras da *common law*, frente às necessidades da época, surgiram as jurisdições de *equity* cuja missão voltava-se para o aperfeiçoamento do sistema de processamento dos casos mediante sua intervenção no funcionamento processual proposto pelas regras da *common law*. No período moderno, as principais mudanças ocorridas foram a fusão da *common law* com a *equity* e a preponderância do direito material sobre o processual. Ademais, houve o declínio da competência do Júri no julgamento das causas, o

common law. In.: The Oxford International Encyclopedia of Legal History. Oxford: University Press, 2009, p. 82).

⁷⁰ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.38.

⁷¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 372-373.

⁷² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 375.

que “viabilizou a transferência de responsabilidade das partes para o juiz [...] deix[ando] de fazer sentido a proibição ao juiz de participar ativamente do processo”⁷³.

A compreensão desses pontos do desenvolvimento histórico do direito inglês nos indica a origem de muitas ideias que impulsionaram as mudanças introduzidas pelo Código de Processo Civil inglês de 1999 (*Civil Procedure Rules - CPR*). Conforme a explicação detalhada que será feita mais à frente, o sistema processual civil inglês, antes da *CPR*, pautava-se na inércia do juiz na condução do processo. Entretanto, diante da ineficiência desse modelo, da diminuição histórica gradual da atuação do Júri e da valorização do direito substancial sobre o processual, a *Civil Procedure Rules*, tendo como propósito fundamental o processamento justo dos casos, deu aos juízes ingleses poderes de “*case management*”, o que significou uma ampliação da atuação do juiz no gerenciamento do processo. Dentre esses poderes, destaca-se, no presente trabalho, o da flexibilização procedimental.

1.2. O contexto anterior às *Civil Procedure Rules*/1999

A instituição das *Civil Procedure Rules (CPR)*, em 1999, representou um marco na história do processo civil inglês. Os principais pilares do regime processual anterior às *CPR* caracterizaram-se de forma diversa e, em certa medida, oposta aos adotados por esse código. Partindo-se disso, conhecer as bases que davam suporte ao sistema pretérito permite-nos compreender melhor quais foram as inovações introduzidas por esse código processual. Ademais, entender os problemas por que passava o sistema processual inglês nos faz refletir a respeito dos fundamentos que justificaram a necessidade por mudanças e, mais para frente, permite-nos avaliar os efeitos gerados pelas alterações inseridas pelas *CPR* em termos de efetividade, aceitação e adaptação.

Lorde Woolf, designado para realizar uma revisão das regras e dos procedimentos adotados pelas Cortes da Inglaterra e do País de Gales e fazer recomendações para a melhoria do sistema processual aplicado em suas jurisdições, apresentou, em Junho de 1995, um relatório provisório e, em Julho de 1996, um relatório final contendo suas conclusões sobre as características da justiça inglesa⁷⁴. A elaboração desses relatórios teve como objetivo: ampliar o acesso à justiça; reduzir os custos do processo; diminuir a complexidade das regras e

⁷³ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 51.

⁷⁴ Os relatórios estão disponíveis em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

modernizar suas terminologias; e, remover as distinções desnecessárias entre a prática e o procedimento. Para isso, Lorde Woolf, com base no resultado de suas investigações acerca do funcionamento do sistema processual inglês, expôs algumas recomendações, propôs mudanças e, em seu relatório final, apresentou um projeto com regras gerais que serviriam de base para a criação das regras processuais que formariam um código.

Uma parte do trabalho de Woolf cingiu-se à descrição dos problemas que impediam o efetivo acesso à justiça, indicando as suas causas e exibindo explicações. A partir desse dado, exposto no relatório provisório, foi possível identificar os principais obstáculos ao acesso à justiça que motivaram as reformas instauradas pela *CPR*.

Conforme o relatório, os entraves enfrentados pela justiça civil eram basicamente três: o alto custo, a demora e a complexidade⁷⁵. As características do sistema processual vigente à época explicam, em grande medida, por que razão tais aspectos se desenvolveram e acabaram por comprometer a efetividade da prestação jurisdicional inglesa. Com base nisso, Lorde Woolf procurou relacionar os problemas existentes ao contexto que se inseriam para, assim, propor possíveis soluções.

O processo civil inglês foi historicamente retratado como um modelo adversarial em que, diante da passividade do juiz na condução do processo como forma de assegurar sua imparcialidade, caberia às partes deliberar sobre a marcha do processo, os prazos e a produção das provas que eventualmente seriam apresentadas em juízo⁷⁶. Assim sendo, o juiz limitava-se ao papel de pronunciar sobre os temas selecionados e apresentados pelas partes, não lhe sendo permitido intervir diretamente sobre os aspectos procedimentais. Entretanto, observou-se o uso abusivo desse direito pelos litigantes, o que gerou maior morosidade, aumento dos custos e ineficiência processual.

No modelo adversarial inglês, o processo civil passou a ser comparado a um campo de batalha ou a um jogo⁷⁷ em que as partes e seus advogados, pouco cooperativos uns com os outros, viam-se como adversários. Nesse ambiente, era comum observar a prática de certos atos meramente para prejudicar a outra parte ou procrastinar o processo. Ao mesmo tempo que isso ocorria, o juiz não era capaz de evitar a produção de seus efeitos ou inibir

⁷⁵ Lord Woolf's interim report on access to civil justice. Chapter 3 – the problems and their causes.

⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da "common law"*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 164.

⁷⁷ Segundo Robert Turner: "Civil litigation pre-Woolf was regarded by many as game, albeit one that was played by professional according to the Rules of Supreme Court and county courts but often with unjust and unfair consequences for the very people that it was meant to serve, the litigants". (TURNER, Robert. *'Actively': the word that changed the civil courts*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p.77.)

comportamentos dessa natureza⁷⁸, pois não tinha poderes suficientes para intervir a tempo e de forma eficiente, o que, por um lado, encorajava a violação das regras processuais por uma das partes e, por outro, desencorajava a parte prejudicada a solicitar uma intervenção do tribunal. Em vista disso, tal contexto mostrou-se propício à multiplicação de práticas pouco comprometidas com as questões relacionadas à despesa, à celeridade e à cooperação.

O jurista inglês Robert Turner apresenta em sua obra, a título de exemplo, os tipos de excessos praticados por advogados durante a vigência do sistema adversarial⁷⁹. Com o intuito de ilustrar tais ocorrências, exponho alguns deles:

Um *writ* pode não ser emitido até o último dia do prazo de prescrição [...]. Por isso, a primeira vez que um réu poderia saber da intenção do autor de ajuizar uma ação seria no último dia dos quatro anos após a ocorrência do acidente. Alguns advogados até mesmo encorajam este abuso de direito.

A aprovação de um *writ* não precisa divulgar muito mais do que um conjunto básico de detalhes, que seja suficiente para mostrar uma causa de pedir, como por exemplo: "O autor sofreu perdas e danos devido à negligência do réu em 02 de setembro de 1991". Esta declaração pode chegar a caixa de correio do réu somente em 30 de agosto de 1995!

O réu foi autorizado a pleitear uma defesa que era tão obscura quanto possível, incluindo a frase maravilhosa "And the defendant traverses seriatim"⁸⁰. O autor nunca saberia o que estava verdadeiramente em questão.

Compreendido o contexto no qual se desenvolvia o processo civil inglês, importa analisar mais detalhadamente os problemas apontados como impeditivos ao pleno acesso à justiça. No que concerne a duração do processo, a lentidão processual foi identificada como característico do sistema passado e compreendida como um ponto relevante nas reflexões

⁷⁸ De acordo com Robert Turner: "The old regime was still based on the principle that the management of an action was for the parties and not for the courts. The role of the judge was to react to the applications of either party, to give directions, and to determine issues of fact and law when called upon to do so. Indeed it did not really matter if everyone choose to ignore the judge's directions or indeed his judgment". – (TURNER, Robert. *'Actively': the word that changed the civil courts*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p. 79).

⁷⁹ Tradução livre. (a) A writ might not be issued until the last day of the limitation period [...] and then not served for 364 days. Hence the first time that a defendant might know of a plaintiff's intention to go to law could be one day short of four years after the occurrence of an accident. Some lawyers actually encouraged this abuse of the Rules. (b) The endorsement on the writ need disclose no more than a basic set of details sufficient to show a cause of action such as 'The plaintiff suffered loss and damage due to the negligence of the defendant on 2 September 1991'. This bland statement might arrive in the defendant's letter box on 30 August 1995! (d) The defendant was allowed to plead a defence that was as obscure as possible including the wonderful phrase 'And the defendant traverses seriatim'⁷⁹. The plaintiff never knew what was truly in issue. (TURNER, Robert. *'Actively': the word that changed the civil courts*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p. 79-80).

⁸⁰ A expressão a qual se refere o texto foi muito utilizada no direito inglês moderno, principalmente como frase para finalizar os pedidos do réu em contestações civis. Uma forma comum de utilizar tal expressão estaria por exemplo na seguinte frase: "save as expressly admitted herein, each allegation of the plaintiffs is denied as if set out in full and traversed herein seriatim." O que o defensor que dizer é que todos os argumentos do réu, quando não citados expressamente, são completamente e seriadamente negados. A expressão em latim *seriatim* significa "um por um em sequência". Essa formulação é, nos dias de hoje, desencorajada pelas *Civil Procedure Rules*, especialmente nas regras 16.5 (3)-(5).

acerca da prestação jurisdicional justa. Vale destacar, segundo o relato feito por Lorde Woolf, os seguintes efeitos/prejuízos causados pela morosidade da justiça na Inglaterra: a demora é uma fonte adicional de sofrimento para as partes que já sofreram danos; adia uma compensação final à qual as partes têm direito; em casos de danos pessoais, ela pode exacerbar ou prolongar a lesão original; pode levar ao colapso de relações e negócios; dificulta a manutenção da integridade das provas (frente à demora, no caso de testemunhas, estas podem esquecer-se de detalhes sobre o fato ou simplesmente tornar-se impossíveis de rastrear); inibe o uso da máquina judiciária pelo desgaste que ocasiona às partes.

Concomitantemente, Lorde Woolf indicou a complexidade do sistema processual como um aspecto que agravava os problemas por que passava a justiça inglesa. Tal situação subsistiu por vários motivos, dentre eles: a necessidade de se observar diferentes regras processuais no processamento de demandas em tribunais distintos (ex.: *High Court* e *County Court*); a variedade das formas de ação; a existência de diferentes requisitos para iniciar um processo; a emissão de inúmeras orientações práticas que visavam a esclarecer o que cada tribunal ou jurisdição iria requerer dos demandantes para o processamento de um feito. Ademais, conforme Lorde Woolf, a complexidade do sistema, além de impor dificuldades desnecessárias às partes, também incentivava, em alguma medida, a adoção de comportamentos adversariais pelas partes e advogados que enxergavam a complexidade como um facilitador à utilização de táticas de caráter duvidoso ao devido andamento do processo.

Quanto aos custos, verificou-se o seu excesso, a sua desproporção e a sua incerteza. Conforme pontuou Lorde Woolf, em 1995, no relatório provisório⁸¹: o problema dos custos é o mais grave dos problemas que enfrenta o nosso sistema processual civil. Reforçou essa noção no relatório final, publicado um ano depois, ao expor os motivos pelos quais se revelam importantes a preocupação quanto aos custos⁸²: a) o processo é tão caro que a grande maioria das pessoas não é capaz de pagar por ele a menos que receba algum tipo de ajuda financeira; b) os custos relativos ao curso do processo são desproporcionais quando comparados às questões envolvidas; e, c) os custos são incertos, o que dificulta a possibilidade de as partes preverem quais os limites de suas responsabilidades caso restem vencidos ao final. Com isso,

⁸¹ Lord Woolf's interim report on access to civil justice. Chapter 25 – Costs. Tradução livre. “The problem of cost is the most serious problem besetting our litigation system”.

⁸² Lord Woolf's final report on access to civil justice. Chapter 7 – Costs. Tradução livre. “Costs are a significant problem because: (a) litigation is so expensive that the majority of the public cannot afford it unless they receive financial assistance; (b) the costs incurred in the course of litigation are out of proportion to the issues involved; and (c) the costs are uncertain in amount so that the parties have difficulty in predicting what their ultimate liability might be if the action is lost”.

há de se compreender por que os custos foram tratados nos relatórios de Woolf como um dos maiores entraves ao acesso à justiça.

Tais questões, destacadas nos relatórios de Lorde Woolf, foram identificadas como os problemas enfrentados pelo regime processual inglês à época. Em suma, no contexto anterior às *Civil Procedure Rules* de 1999, o processo civil era lento, complexo e caro. O juiz não tinha poderes para conduzi-lo e interferir na realização de atos processuais manifestamente protelatórios pelas partes e seus advogados. O modelo adversarial proporcionava uma grande liberdade para que as partes deliberassem acerca do ritmo do processo, o que permitia a utilização de práticas pouco cooperativas no curso do processo.

A partir dessas considerações, as mudanças introduzidas pelas *CPR/99* surgiram como uma tentativa de melhorar o acesso à justiça pelo cidadão inglês ao tentar combater a ineficiência e a burocracia legados pelo sistema anterior.

1.3. Aspectos gerais das *Civil Procedure Rules/1999*

Em abril de 1999, entraram em vigor as *Civil Procedure Rules* (o código de processo civil inglês)⁸³. As *CPR* surgiram como o intuito de reduzir a crise de efetividade, explicitada nos relatórios de Lorde Woolf, por que passava o processo.

De acordo com Anthony Clarke, as recomendações apresentadas por Woolf propuseram não propriamente uma mudança das regras processuais, mas uma transformação quanto ao modo de interpretá-las e aplicá-las. Para o autor, as mudanças indicadas pelas *CPR* buscaram reformar a cultura processual inglesa por intermédio da: i) atribuição de poderes de gestão processual ao juiz (*active case management powers*); ii) introdução do objetivo fundamental (*overriding objective*); e iii) imposição do dever de os litigantes e seus respectivos representantes atuarem de forma condizente com o objetivo fundamental⁸⁴.

⁸³ A título de curiosidade, vale indicar que: “Ao contrário do que possamos intuitivamente imaginar, a *CPR* é enorme e apresenta regulamentação exaustiva sobre formulários, documentos, propositura e resposta de ações, emendas, fatos supervenientes, ações incidentais, direito de incapazes, falsidade documental, procedimentos sumários, juizados especiais, direito de incapazes, falsidade documental, procedimentos sumários, juizados especiais, formas alternativas de solução de disputas, exaustiva regulação do direito das provas, incluindo perícias, custas processuais, recursos, enfim: é um código completo”. (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.90).

⁸⁴ Tradução livre. “Changing the rules is one thing; changing how the rules are interpreted and applied is another thing entirely. The most perfect system implemented imperfectly is an imperfect system ... those reforms are more than a traditional singular event, but instead an ongoing process, which to my mind promises well for the future” (CLARKE, Anthony. *The woolf reforms: a singular event or an ongoing process?*. In: *The Civil*

Vale ressaltar a ideia, ilustrada por Neil Andrews⁸⁵, de que não é possível esperar por uma mudança rápida ou repentina de uma cultura, ainda mais com relação a um hábito que persistiu por um longo tempo, tal como a compreensão do processo sob o ponto de vista adversarial. Alinha-se a esse entendimento o jurista Anthony Clarke ao traçar que as reformas implementadas pelo código se submetem a um processo longo e contínuo de transformação discreta da cultura de modo que seus efeitos, inicialmente prometidos, poderão ser observados no futuro⁸⁶.

Basicamente, a inserção das inovações pelo código tem o condão de afastar as características adversariais que estiveram presentes por um muito tempo no dia a dia da justiça inglesa, mas que se esgotaram e passaram a representar a origem de muito dos problemas de ineficiência processual na Inglaterra. De maneira que buscou-se romper a inércia do juiz na condução do processo e exigir das partes uma atuação mais cooperativa e compatível com o objetivo fundamental.

A regra 1.1, das *CPR*, prevê o processamento justo dos casos como o objetivo fundamental (*overriding objective*) do código. Tal objetivo deverá nortear todos os atos realizados pelos sujeitos do processo. Dispõem também, em rol exemplificativo, práticas direcionadas ao atendimento do *overriding objective*: a) assegurar às partes igualdade de tratamento; b) poupar recursos financeiros; c) tratar a demanda de forma condizente e proporcional ao valor envolvido, à relevância da causa, à complexidade dos problemas e à situação financeira das partes; d) garantir o tratamento célere e justo do caso; e) alocar apropriadamente os recursos do tribunal à demanda, levando-se em consideração a necessidade de destinar recursos a outras demandas. Levando-se em consideração Robert Turner, a inclusão do objetivo fundamental pelas *CPR* colocou o juiz no controle e explicitou

Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p.44). Corrobora com essa noção, a autora Deidre Dwyer: “According to Lord Woolf, the CPR are new not because the procedural devices have necessarily changed, but rather because the ethos and the method of interpretation have changed” (DWYER, Déirdre. *What is the meaning of cpr r 1.1 (1)?*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p.67).

⁸⁵ “Apesar de os advogados terem se adaptado às expectativas judiciais, de que não mais defenderiam, incansável e agressivamente, os interesses de seus clientes, os *practitioners* relatam que a natureza adversarial de confronto entre as partes continua sendo uma realidade diária. É fato que a documentação trocada entre partes rivais, que poderá ser apreciada pelo tribunal quando chegado o momento, não mais é formulada nos termos agressivos anteriormente característicos às negociações entre os adversários no período anterior às CPR. No entanto, o tom mais suave e, às vezes, conciliatório, na troca de documentos por escrito sob o regime das CPR, frequentemente mascara uma batalha intensamente travada”. (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.53-54)

⁸⁶ CLARKE, Anthony. *The woolf reforms: a singular event or an ongoing process?*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p.44.

a mensagem de que o processo civil deixou de ser um jogo, passando aos tribunais a obrigação de controlar o processo e fazer justiça⁸⁷.

Com base nas informações expostas, as novidades apresentadas pelo código processual inglês, de 1999, tiveram como missão a mudança de uma cultura do litígio fundada no modelo adversarial. O dever de o juiz controlar o processo (*case management*) merece destaque no presente trabalho uma vez que guarda estrita relação com a noção de flexibilização procedimental que, no caso inglês, decorre da possibilidade de o juiz, a partir do seu dever de conduzir o processo levando em consideração o objetivo fundamental do código, adaptar o procedimento às particularidades do caso concreto. Para orientar a atuação judicial, as CPR “oferecem aos juízes mais um sistema de princípios do que um rol de fórmulas para manter a obediência das partes”⁸⁸.

Por fim, como uma maneira de aferir a compatibilidade entre os resultados esperados por Lorde Woolf e os de fato notados na realidade processual atual inglesa, vale indicar algumas previsões feitas por Woolf em seu relatório final caso suas recomendações fossem implementadas:

- a. Evitar-se-ia o processo judicial sempre que possível na medida em que haveria maior uso das soluções alternativas de conflitos;
- b. O processo seria menos adversarial e mais cooperativo (maior abertura e cooperação entre as partes desde o início e maior imparcialidade e cooperação quanto ao uso de peritos);
- c. Menor complexidade. Uso de regras simples;
- d. Maior certeza e rapidez com relação ao cronograma do processo. Previsão de sanções pelo não cumprimento;
- e. Custos:
 - I. Mais acessíveis;
 - II. Mais previsíveis;
 - III. Mais proporcionais (ao valor e à complexidade das causas individuais);
- f. Maior igualdade entre as partes;
- g. Responsabilidades administrativa e judiciais mais bem definidas;
- h. A estrutura do tribunal e o remanejamento dos juízes se alinhariam às necessidades dos litigantes. Os tribunais teriam acesso à tecnologia para acompanhar o progresso do processo e comunicar-se com os litigantes;
- i. Distribuição efetiva dos juízes para treinamento, especialização e melhor suporte administrativo e tecnológico; e
- j. O sistema de justiça civil seria mais receptivo às necessidades dos litigantes por meio de uma maior assistência, melhor informação e contínua pesquisa sobre as necessidades dos litigantes.⁸⁹

⁸⁷ Tradução livre: “It put the court in control and spelt out the message that civil litigation had ceased to be the game that it had become and instead the courts were charged with a genuine obligation to manage litigation and to deliver justice”. (TURNER, Robert. *‘Actively’: the word that changed the civil courts*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p.81).

⁸⁸ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.108.

⁸⁹ Tradução livre. A autora Deirdre Dwyer selecionou as dez principais previsões feitas por Lorde Woolf. (DWYER, Déirdre. *Introduction*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p. 4).

1.4. Os poderes de *case management*

Com as *Civil Procedure Rules*, o perfil do juiz inglês e o seu papel no processo sofreram alterações substanciais. Antes, devido aos séculos de uso do júri civil e a adesão ao modelo adversarial⁹⁰, o magistrado figurava-se no processo como um árbitro passivo, neutro, desinformado e desinteressado exercendo a função básica de corrigir e sancionar comportamentos injustos ou ilícitos⁹¹. Agora, o juiz inglês muda radicalmente de papel configurando-se como um sujeito informado e interessado na busca da verdade podendo, para isso, até mesmo determinar a exibição de documentos caso entender necessário⁹². Seu papel na condução do processo tornou-se ativo.

O código processual inglês inovou quanto à matéria relativa aos poderes do juiz. Foram concedidos aos magistrados os *case management powers*, termo da língua inglesa que pode ser traduzido nas seguintes expressões: poderes de condução, poderes de gestão, condução ativa, condução material ou gestão ativa⁹³. Todos esses vocábulos buscam expressar o ativismo judicial na condução do processo.

O *case management* foi um poderoso instrumento criado para instituir o fim de práticas de caráter adversarial⁹⁴, que muito contribuíam para a ineficiência do sistema processual anterior. Assim, com o deslocamento dos poderes das partes e advogados para o juiz, o qual deverá obedecer a regras e princípios estabelecidos nas CPR, pretendeu-se a mudança de uma cultura processual inglesa que, por muito tempo, esteve marcada pela morosidade, complexidade e pelos custos altos. Além do fato de as partes terem perdido o

⁹⁰ JOLOWICZ, J.A. *Civil litigation: what is it for?*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p. 63.

⁹¹ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.19.

⁹² Regra 31.12. (1) The court may make an order for specific disclosure or specific inspection. (2) An order for specific disclosure is an order that a party must do one or more of the following things: (a) disclose documents or classes of documents specified in the order; (b) carry out a search to the extent stated in the order; (c) disclose any documents located as a result of that search. (3) An order for specific inspection is an order that a party permit inspection of a document referred to in rule 31.3(2).

⁹³ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 27.

⁹⁴ “[...] en Inglaterra, la situación inglesa ha cambiado radicalmente. Las Civil Procedure Rules de 1998, que empezaron a regir en 1999, modificaron completamente la estructura del proceso: uno de los fines principales de la reforma, en efecto, fue precisamente el de poner fin al sistema adversary, que se había mostrado insuficiente y ya no apto para la administración de la justicia en una sociedad moderna, sustituyéndolo por un sistema en el que la dirección del proceso se confía al juez, con el fin de realizar una justicia civil rápida, eficiente y justa”. (TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008, p. IX e X, Prólogo del autor para la edición colombiana).

poder de controle, estas passaram a ter o dever de atuar cooperativamente no processo em consonância com o objetivo fundamental (*overriding objective*)⁹⁵. Houve, com isso, uma proposta de transformação radical do regime anteriormente adotado em prol de um acesso efetivo à justiça.

Vale ressaltar, no entanto, que essa transformação não ocorreu facilmente nem de forma repentina. De acordo com Robert Turner, um *case management* efetivo requer a existência de três componentes essenciais: i) um Judiciário proativo que se engaja com o caso desde o início; ii) o abandono de antigas práticas adversariais por parte dos advogados durante o *pre-trial*⁹⁶, passando a adotar uma postura mais cooperativa para com os juiz e partes contrárias; iii) tribunais dotados de equipes bem preparadas e experientes com relação ao trabalho demandado por todas as fases do processo⁹⁷. Desse modo, a implementação de um novo modelo de gerenciamento do processo exigiu (e continua exigindo) um esforço não só por parte dos sujeitos que compõem o processo, como também demanda preparo e experiência por parte dos auxiliares de justiça. Trata-se, portanto, de uma mudança cujos efetivos êxitos poderão requerer certo tempo, até que as pessoas envolvidas direta ou indiretamente no processamento das causas, possam adequar-se devidamente às novas regras.

Segundo a Regra 1.4 (1), o juiz deverá dar cumprimento ao objetivo fundamental (*overriding objective*) por meio da condução ativa dos casos (*actively managing cases*) a qual requer: a) encorajar as partes a cooperar uns com os outros no curso do processo; b) identificar as questões processuais na fase inicial; c) decidir imediatamente quais questões exigem uma etapa probatória e um julgamento e quais questões devem ser tratadas sumariamente; d) decidir a ordem em que as questões serão resolvidas; e) encorajar as partes a fazerem uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, caso o juiz considere apropriado; f) auxiliar as partes a fazer acordos; g) fixar cronogramas ou controlar o progresso

⁹⁵ Regra 1.3. The parties are required to help the court to further the overriding objective.

⁹⁶ Quanto ao pré-trial: “[...] se consubstancia essencialmente em uma fase na qual ambas as partes, sob a direção do juiz, clarificam os termos da controvérsia, adquirem mediante a discovery informações sobre as respectivas defesas e sobre as provas que poderiam ser empregadas, valoram a oportunidade de um acordo ou de uma desistência da ação e transigem ou se servem de um dos meios para rápida resolução da controvérsia. [...] Com já se disse, somente nos raros casos em que esse procedimento, que acabou se tornando o verdadeiro processo, não põe fim à controvérsia é que terá lugar o debate para produção das provas e será pronunciada a sentença”. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.22).

⁹⁷ “But effective active case management requires three essential components: (a) A proactive judiciary who engage with the litigation from a very early stage; (b) Lawyers who are prepared to put aside during the pre-trial stages the adversarial attitudes of the old regime and adopt a cooperative stance with the courts and with their opponents; (c) A well-resourced court staff who, at all levels, are well trained and experienced in the work required of them at all stages of the life of the litigation”. (TURNER, Robert. *‘Actively’: the word that changed the civil courts*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p. 82-83).

do caso; h) considerar se os possíveis benefícios de determinado ato processual justificarão os custos demandados; i) tratar o maior número de aspectos do caso em uma mesma ocasião; j) lidar com o caso sem que seja necessária a presença das partes no tribunal; k) fazer uso da tecnologia; l) gerir o processo de modo que seu processamento caminhe de forma rápida e eficiente.

Ademais, a Regra 3.1. dispõe um rol exemplificativo de providências das quais o juiz poderá se valer na condução do processo: a) aumentar ou diminuir prazos; b) adiar ou antecipar audiências; c) ordenar a presença das partes ou seus representantes no tribunal; d) realizar audiências e colher provas por telefone ou por outro método de comunicação oral; e) determinar que se processe separadamente partes de um litígio (tal como, por exemplo, uma reconvenção); f) suspender toda ou parte de uma demanda ou de seu julgamento; g) reunir processos; h) julgar dois ou mais pedidos em uma mesma ocasião; i) julgar separadamente qualquer questão; j) definir a ordem em que as questões serão julgadas; k) excluir a apreciação de alguma questão; l) dispensar ou julgar um pedido após a decisão de questões preliminares; m) tomar qualquer outra providência ou efetuar qualquer outra ordem sob o propósito de conduzir o processo e dar cumprimento ao objetivo fundamental (*overriding objective*).

O poder de *case management* trata-se, acima de tudo, de um dever atribuído ao magistrado para o cumprimento do objetivo fundamental de lidar com as demandas de maneira justa e a custos proporcionais⁹⁸. Levando em consideração o objetivo fundamental e salvo as disposições expressamente vedadas pelo código, o juiz inglês tem amplos poderes na condução do processo, sendo-lhe permitido flexibilizar o procedimento alterando fases e atos processuais de modo a adequá-lo às particularidades do caso concreto.

1.5. A flexibilização do procedimento

Dentre os poderes de *case management*⁹⁹ do juiz inglês, importa destacar, neste trabalho, a sua prerrogativa de controlar os atos processuais. Essa ingerência sobre o

⁹⁸ Regra 1.1. (1). These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.

⁹⁹ “Sinteticamente o case management engloba o estudo: das formas de abreviação do procedimento, dos encerramentos liminares, da recombinação de atos para tutelar adequadamente o direito, da prorrogação e da abreviação de prazos, do regime de preclusões, da fiscalização da boa-fé processual, do estímulo à resolução alternativa de disputas, do regime do ônus probatório, dentre diversos outros atos que compõe uma gestão ativa ou, como se preferir, uma condução material do processo.” (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na*

procedimento tem por escopo dar um tratamento mais justo às causas, de maneira a cumprir com o dever preceituado no objetivo fundamental das *Civil Procedure Rules* (*overriding objective*)¹⁰⁰.

A sua intervenção na condução do processo requer, naturalmente, o conhecimento detalhado da matéria em litígio. Dotado de informações relevantes sobre o caso concreto, passa o juiz a ser competente para adequar as diferentes fases e atos do processo às especificidades da demanda. E assim, com a averiguação das peculiaridades de cada demanda e a adaptação do procedimento pelo juiz, o processo torna-se flexível. Vale ainda ressaltar que, salvo disposições contrárias, não é necessária a provocação de uma das partes para o que juiz exerça seus poderes de gestão, sendo-lhe permitido agir de ofício e sem a necessidade de ouvir as partes ou seus representantes¹⁰¹.

De acordo com Neil Andrews, as principais fontes do processo civil inglês são: leis escritas (sendo a principal o código processual de 1999); orientações práticas; decisões judiciais relativas ao processo (jurisprudência inglesa e europeia. O autor indica, por exemplo, a importância de se levar em conta as decisões da Corte europeia de direitos humanos), “guias” oficiais para a prática do Direito dentro de certas partes da *High Court*; e, a doutrina (que exerce influência meramente persuasiva)¹⁰². Aponta-se a forte influência exercida pelas leis escritas na regulação do procedimento inglês. Tal fato observa-se uma vez que o Judiciário inglês cria direitos, a partir de suas decisões, mais relacionados a questões de mérito do que de forma¹⁰³. Desse modo podemos concluir que, embora estejamos tratando de um país que segue a tradição da *common law*, o procedimento inglês encontra como principal fonte do direito o texto legal e não a jurisprudência.

As *Civil Procedure Rules* propõem três modelos de procedimento: *small claims track*, *fast track* e *multi-track*. A partir da leitura das regras que disciplinam os atos processuais (Partes 26, 27, 28 e 29 do código), é possível notar o caráter geral destas, uma vez

Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.21)

¹⁰⁰ Lord Woolf's final report on access to civil justice. Chapter 1 - Introduction. "I do not see the active management of litigation as being outside a judge's function. It is an essential means of furthering what must be the objective of any procedural system, which is to deal with cases justly".

¹⁰¹ Regra 3.3 (4) the court may make an order of its own initiative, without hearing the parties or giving them an opportunity to make representations.

¹⁰² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 98-102.

¹⁰³ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 57.

que descreverem o procedimento de forma ampla, o que admite a atuação discricionária do magistrado em muitos momentos do processo. Não se observa uma descrição minuciosa de cada um dos ritos mencionados, mas, mais propriamente, parâmetros que visam a orientar o exercício judicial no tratamento dos conflitos.

Em regra, a escolha do rito é feita com base no valor da causa. O *small claims track* destina-se para causas de valor menor que £10.000 (Regra 26.6.1); o *fast track* para os que não ultrapassarem o valor de £15.000 (se protocolados antes de 6 de abril de 2009) ou £25.000 (se protocolados depois de 6 de abril de 2009) (Regra 26.6.4); o *multi-track* para os demais casos (Regra 26.6.6).

No entanto, o valor monetário envolvido nem sempre se constitui fator decisivo para a escolha do procedimento. Muitas vezes, o valor econômico não tem relação com a complexidade do conflito ou com complexidade judiciária das demandas. Há também processos cujo pedido não se expressa em um valor monetário. Nesses casos, o juiz irá alocar a demanda ao procedimento que entender mais adequado levando em conta aspectos relevantes apontados na Regra 26.8: a natureza da demanda; a provável complexidade dos fatos, direitos ou provas; o número de partes; o valor e a complexidade da reconvenção; o volume de testemunhos orais necessário; a relevância do pedido às pessoas que não fazem parte do processo; o conteúdo das manifestações das partes; e as condições das partes. Analisados esses pontos, as demandas são encaminhadas ao rito cujas características melhor se adequem ao objetivo pleiteado.

O *small claims track* se trata de um procedimento simples e célere que cuida de questões de menor grau de complexidade. Após a escolha por esse procedimento, o juiz concede instruções padrões e especiais às partes que, para seu atendimento, devem apresentar à parte contrária cópia de todos os documentos que servirão de subsídio para a audiência. Nessa mesma oportunidade, o juiz fixa as datas das audiências ou, a depender do caso, propõe o julgamento sem a necessidade de realização de audiências (Regra 27.10). Nesse rito, há restrições quanto à atividade instrutória tal como, por exemplo, a necessidade de prévia autorização do juiz para a manifestação de peritos no processo (Regra 27.5). Ademais, as audiências serão informais e o magistrado poderá conduzi-las do modo que considerar mais justo (Regra 27.8).

No procedimento *fast track*, são feitas instruções mais estritas quanto à apresentação de documentos; aos depoimentos de testemunhas; e, às provas periciais (Regras 28.2 e 28.3). Os prazos são fixados pelo juiz, podendo ser modificados a requerimento das partes (regra

28.4). A data para o julgamento não poderá exceder o intervalo de trinta semanas, contadas a partir da emissão das instruções.

O *multi-track* volta-se para os casos de maior valor e complexidade. Portanto, para determinar as instruções que deverão ser observadas ao longo do processamento da demanda, as partes e o juiz devem tomar como ponto de partida modelos práticos já existentes (publicados no sítio: www.justice.gov.uk) e adaptá-los a circunstâncias do caso particular (Regra 29.1).

A escolha do procedimento é realizada de forma relativamente flexível. Pode juiz designar o rito que entender mais adequado à demanda e suas particularidades, com a possibilidade de impugnação das partes em hipótese de discordância¹⁰⁴. É possível, ainda, a posterior realocação do caso a outro procedimento (Regra 26.10). Segundo entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni, “nada impede, [...] que os três procedimentos padrões sejam mesclados ou alterados em alguma de suas etapas, tudo com vista a melhor adequar o instrumento à tutela do direito”¹⁰⁵.

De acordo com Zuckerman, o juiz pode alterar as instruções e os cronogramas estabelecidos inicialmente quando estes se mostrarem inadequados às mudanças de circunstâncias que acabaram por demandar a sua revisão e modificação¹⁰⁶. Esse poder que o juiz tem de adequar o procedimento, o qual permite a realização de atos diferentes dos fixados nas regras no código processual inglês, pode ser compreendido como uma “deformalização procedimental”¹⁰⁷ que deriva do “fracasso de um sistema legalista, já que a responsabilidade de um processo bem conduzido cabe ao juiz”¹⁰⁸.

Desse modo, podemos concluir que o modo como foram estabelecidas as formas processuais pelas CPR e a possibilidade do juiz de adequá-las ao caso concreto buscam combater as deficiências do sistema processual inglês prévio. Lorde Woolf descreveu os objetivos da nova situação: incentivar a realização de acordos na fase inicial do processo; e,

¹⁰⁴ MOREIRA, Barbosa. *A revolução processual inglesa*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 9. Out. 2011, p. 1058.

¹⁰⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p.135.

¹⁰⁶ ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p. 94.

¹⁰⁷ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 100.

¹⁰⁸ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 108

nos casos em que for inevitável o prosseguimento do processo judicial até seu julgamento, assegurar a celeridade processual até a sua fase de julgamento¹⁰⁹.

2. O Direito português

2.1. Apontamentos históricos

O período compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente com a consequente invasão da Península Ibérica pelos visigodos e a edição das Ordenações do Reino foi marcado por uma diversidade de procedimentos, cada qual conduzido em consonância com as características locais¹¹⁰. O direito de cada região se diferenciava de seus vizinhos, eram adotados regimes jurídicos distintos provenientes de: honras concedidas aos nobres da terra; do direito próprio do clero; e, das concessões desfrutadas pelos pequenos proprietários das vilas¹¹¹. De modo geral, o processo desta época era público, oral, formalista e se desenrolava perante jurisdições locais ou reais.

Com a recepção do direito romano-canônico por Portugal, mudanças significativas no direito português e na organização dos poderes, divididos entre os senhores feudais e o rei, ocorreram de forma gradual. A introdução do direito comum pôs fim à heterogeneidade legal, ao enfraquecer a aplicação das regras locais que existiam em detrimento de leis de caráter comum e geral, fortalecendo, desse modo, o poder real. A partir disso, todas as jurisdições passaram a ser regidas por uma única legislação.

Em uma fase posterior à instituição de leis gerais, surgiram documentos emanados da coroa os quais objetivavam a compilação das leis em vigor. As mais conhecidas foram as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Em todas as ordenações, as normas relativas ao processo civil foram dispostas no Livro III que subdividia-se em vários títulos. Deve-se ressaltar que tais documentos constituíam apenas um apanhado geral das leis vigentes em sua época. Não poderiam ser comparadas aos modernos códigos pois, apesar de

¹⁰⁹ Lord Woolf's interim report on access to civil justice. Chapter 5 – The Need for Case Management by the Courts. “ Its overall purpose is to encourage settlement of disputes at the earliest appropriate stage; and, where trial is unavoidable, to ensure that cases proceed as quickly as possible to a final hearing which is itself of strictly limited duration”.

¹¹⁰ “Tendo em vista a desigualdade social e as condições peculiares da vida em comunidade, cada qual possuía o seu foro, o seu juiz especial [...] o procedimento das causas também era diversificado. (TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43-44).

¹¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

serem divididas de acordo com a temática, não foram produzidas como um conjunto sistemático de normas.

Nas Ordenações Afonsinas, o título 20 denominado “Da ordem do juízo, que o juiz deve seguir, e guardar em seu ofício” sinalizava uma “deliberada intenção do legislador em imprimir rápido desfecho às demandas”¹¹², no entanto, esta não pode ser verdadeiramente verificada diante das outras regras processuais que dificultavam o andamento da causa e definiam o processo como solene, formal e escrito.

Realidade diferente não se observou com a vigência das Ordenações Manuelinas que “repetindo imperfeições, insistindo nas lacunas e chegando, mesmo, a causar maiores dilações à marcha dos atos processuais [...] não lograram trazer, à ordem do juízo, a simplicidade e brevidade que esta carecia”¹¹³. Mais uma vez a celeridade processual e a rápida execução da justiça se tornaram apenas ideais esquecidos no decorrer da prática forense.

E, foi durante a vigência das Ordenações Filipinas que se verificou o apogeu das críticas relacionadas à lentidão processual. Demora esta possivelmente provocada, dentre outros fatores, pelo não atendimento ao princípio da eventualidade¹¹⁴, que acabava por dilatar o processo e retardar a prestação jurisdicional, e pelos abusos dos juízes ao não observarem as regras impostas pela lei¹¹⁵. No tocante ao procedimento, a espécie ordinária foi disciplinada de modo similar às Ordenações Manuelinas, mantendo-se o formalismo e os atos que demarcavam as diferentes fases do processo. Foram instituídos também os procedimentos sumário e sumaríssimo que regulavam o processamento de causas de pequenos valores e permitiam uma maior informalidade.

Quanto à matéria de processo civil, tais Ordenações foram revogadas gradativamente no século XIX. O primeiro Código de Processo Civil português data de 1876 feito sob o

¹¹² TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

¹¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

¹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

Conforme Antônio Vital Ramos de Vasconcelso, o princípio da eventualidade consubstancia-se na orientação de que o esgotamento de cada fase processual tem caráter de definitividade, impedindo ao órgão judicial vacilações ou incertezas com referência àquilo que restou definitivamente decidido nas etapas próprias e já superadas. (VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. *O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais*. Doutrinas essenciais de processo civil, São Paulo, v. 6, out. 2011, p. 991).

¹¹⁵ GOMES apud TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 122.

projeto elaborado pelo jurista Alexandre Seabra¹¹⁶. Tal lei foi revogada pelo Código processual de 1939 que, por sua vez, foi substituído pelo código de 1961. Esta norma passou por várias revisões até ser finalmente ser derogada em 2013.

2.1.1. Recepção legislativa no Brasil colonial das leis advindas do reino de Portugal

Nesse momento, é conveniente comentar uma faceta especial da história do direito português: o seu transporte até o território nacional, constituindo os primórdios do direito processual “brasileiro”. Durante a colonização portuguesa no Brasil, houve a aplicação do direito português no território brasileiro, sendo, entretanto, o início desse processo de difícil descrição.

Apesar da emancipação política brasileira em 1822, após a independência, o processo civil continuou a ser regido pelos dispositivos das Ordenações Filipinas¹¹⁷ por determinação legal que previa a continuidade da vigência de Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal até a sua expressa revogação.

No Brasil, o início da nacionalização do direito processual deu-se no ano de 1832, com a publicação do Código de Processo Criminal. Por intermédio dessa norma foram apresentados preceitos de natureza processual elaborados com o intuito de “transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicado, despindo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa”¹¹⁸. Desse modo, os dispositivos desse Código revogaram algumas disposições legais do período colonial os quais adotavam entendimentos diversos ao preceituado por essa nova lei.

A nacionalização do direito brasileiro, conforme descreve o jurista Ravi Peixoto, aconteceu de maneira gradual, uma vez que o país, mesmo após sua independência em face de

¹¹⁶ MENDES, Armindo Ribeiro. *O processo executivo no futuro do código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Ba62c667e-c5bf-44c0-a7eb-2c3d154dbef9%7D.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. 2014, p.92.

¹¹⁷ COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.1-2.

¹¹⁸ COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 10.

Portugal, “continuou durante certo tempo sendo regido por textos normativos editados durante o período colonial”¹¹⁹.

2.2. A revisão do Código de Processo Civil português em 1995. Decreto-lei 329-A/1995

O Código de Processo Civil português de 1961 passou por inúmeras revisões após a sua entrada em vigor. Ocorreram modificações profundas de conteúdo ao longo dos seus 52 anos de sua vigência, até a aprovação do Novo Código de Processo Civil de 2013. Mais especificamente com relação ao tema da presente pesquisa, importa salientar a revisão autorizada pela Lei 33 de 1995 que, conforme seu artigo 2º, teve por escopo a concretização do direito fundamental do acesso tanto à justiça quanto aos tribunais e a consequente importância dada aos princípios da duração razoável do processo, do contraditório e da igualdade das partes.

Em atenção à autorização da Lei 33/1995, foi apresentada, em 12 de Dezembro de 1995, a conclusão da revisão do CPC/1961 por intermédio da edição do Decreto-lei 329-A. A desburocratização e a modernização do processo se apresentaram como os pressupostos das mudanças introduzidas pelo referido decreto-lei. Partindo-se desses pontos, com o objetivo de instrumentalizar o processo civil, no sentido de dar prevalência às finalidades do processo sobre as suas formas, foi dado ao juiz maior poder para intervir no processo¹²⁰.

Esse maior ativismo judicial na condução do processo foi introduzido para tornar a tramitação processual mais maleável. O objetivo foi facultar ao processo levar em consideração as mudanças a que a realidade social naturalmente está sujeita; mudanças essas que a norma não tem condição nem tempo hábil de abarcar. Nesse contexto, o ativismo busca impedir que a rigidez das normas estritamente procedimentais dificulte a efetivação em juízo dos direitos e da discussão relativa à matéria em litígio. Assim, estabeleceu-se como princípio

¹¹⁹ PEIXOTO, Ravi. *A recepção legislativa e a sua utilização no direito processual pátrio: um diálogo com o ordenamento jurídico português*. Revista de Processo. Vol. 231. Mai. 2014, p. 304.

¹²⁰ “A tramitação processual na ação declarativa foi, durante um largo período de tempo, dominada pelo princípio da *legalidade das formas*. Assim, os atos processuais estavam previstos na lei de forma taxativa e pré-ordenada e a alteração da sequência legal podia conduzir a uma irregularidade processual. [...] A revisão de 1995/1996 do Código de Processo Civil introduziu um elemento de flexibilidade na marcha do processo, ao consagrar o *princípio da adequação formal*”. (GONÇALVES, Ricardo (coord.). *Justiça económica em Portugal: gestão processual e oralidade*. Nov. de 2012. Disponível em: <<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e515179394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a68685a4467774e4441784c544d314e7a67744e44646b4e693035596a63354c5759314f4749774e4751344e6a457a4d6935775a47593d&fich=8ad80401-3578-47d6-9b79-f58b04d86132.pdf&Inline=true>>. Acesso em: 17 de nov. 2014).

geral do processo o princípio da adequação formal, previsto no art. 265-A da nova redação atribuída ao CPC/61.

O princípio da adequação formal instituído pelo Decreto-lei 329-A prevê que o juiz possa adequar o procedimento processual às particularidades de uma demanda, contanto que haja prévio acordo das partes para isso:

Art. 265-A. 1 - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado. 2 - Na execução da atribuição referida no número anterior, determina o juiz a realização dos actos que melhor se adequem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem manifestamente inúteis para o fim do processo. (grifo nosso)

Intentou-se dar aos atos processuais maior instrumentalidade ao permitir a sua adequação às especificidades da causa em prol do apuramento da verdade material e do acerto da decisão.

Vale ressaltar que, conforme o texto da exposição de motivos do decreto-lei de revisão do CPC/61, foi indicada pelo legislador a “garantia da prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, com a participação mais ativa das partes no processo de formação de decisão”¹²¹. Foi dada grande importância à questão da autonomia da vontade das partes para que, a eficácia do processo, inicialmente pensada, fosse de fato alcançada.

Exemplificativamente, facultou-se a prorrogação de qualquer prazo, com o acordo das partes, desde que não se excedesse o dobro do prazo legal previsto (art. 147)¹²², salvo disposições específicas que normatizem a matéria de modo diverso. Ademais, foram eliminadas restrições à realização de diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio. Foi dada a prerrogativa ao juiz ou às partes de ordenar ou realizar a produção de provas de forma mais flexível quanto aos fatos que lhes são lícitos conhecer. E ainda, mediante prévio acordo de agendas, estabeleceu-se a regra da marcação das diligências a serem realizadas para os casos em que “o andamento do processo não haja ainda propiciado o contacto direto entre os vários intervenientes”¹²³ de modo a especificar a forma que parecer mais adequada, eficaz e desburocratizada de concretização do princípio da cooperação.

¹²¹ Decreto-lei 349-A/1995.

¹²² Artigo 147. Regra da improrrogabilidade dos prazos. 1 - O prazo processual marcado pela lei é prorrogável unicamente nos casos nela previstos. 2 - Havendo acordo das partes, o prazo é prorrogável por uma vez e por igual período.

¹²³ Decreto-lei 349-A/1995.

O capítulo referente aos atos processuais foi caracterizado como “um dos mais marcados pela erosão do tempo e pela aplicação das novas tecnologias aplicadas à prática forense”. Desse modo, não foi surpresa quando este sofreu modificações substanciais pela revisão do CPC em 1995 na busca pela simplificação e desburocratização do andamento processual.

Analisando as modificações implementadas pelos decreto-lei 329-A/1995, nota-se a proposta de flexibilização procedimental do sistema processual português a ser realizada, com a prévia concordância das partes, pelo magistrado.

2.3. Retificação autorizada pela Lei 28/1996. Decreto-lei 180/1996

Antes mesmo da entrada em vigência das alterações propostas pelo decreto-lei 329-A/1995, a Lei 28/1996 autorizou a realização de uma nova revisão do Código de Processo Civil de 1961 e das disposições do referido decreto. Desse modo, as modificações resultantes dessa revisão deram origem ao decreto-lei 180 de 1996 trazendo mudanças relevantes à redação do art. 265-A, o qual disciplinava o princípio da adequação formal, originalmente apresentado na revisão de 1995.

Conforme a Exposição de motivos do decreto de 1996, o objetivo almejado da nova revisão foi, basicamente, o aperfeiçoamento da redação de textos, de forma a não descaracterizar seu sentido inicialmente proposto, por intermédio de correções tidas apenas como necessárias. Portanto, o que se pretendeu realizar com esse decreto-lei não foi propriamente uma revisão do conjunto das normas processuais, mas uma “melhoria da redação de vários preceitos, na busca de uma uniformização e condensação de preceitos legais, por forma a prevenir, na medida do possível, dúvidas interpretativas”¹²⁴.

Partindo dessa pretensão, e em busca de uma maior efetividade da norma processual, o legislador alterou a redação do art. 265-A de forma a manter o sentido original do princípio da adequação formal. Este princípio tem a missão de dar maior funcionalidade aos atos processuais instrumentalizando-os e ajustando-os à finalidade essencial do processo. Entendeu-se, de acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, que tal princípio, “na versão inicial do DL 329-A/95, havia procedido a uma drástica limitação da aplicação do dispositivo,

¹²⁴ Decreto-lei 180/1996

ao condicioná-lo à existência de acordo entre as partes”¹²⁵, o que colocaria em risco a sua utilidade prática frente à dificuldade de se obter acordos entre partes que, na maioria das vezes, encontram-se polarizadas diante das situações fáticas e jurídicas controversas defendidas.

Ademais, procurou-se afastar, com a nova redação, possíveis interpretações voltadas para a noção de que as partes têm o poder de criar uma espécie de processo alternativo à lei processual a partir de sua livre discricionariedade na escolha dos atos a serem realizados no processo. O propósito do princípio da adequação formal esteve relacionado ao afastamento de descompassos entre as situações fáticas demandadas em juízo e as normas de procedimento por intermédio de sua adaptação, e não uma injustificada disposição de regras voltada, tão somente, para a criação de um novo procedimento.

Com base nessas justificativas, foi reelaborada a redação do art. 265-A que passou a adotar o seguinte texto:

Artigo 265.o-A [...] Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações. (grifo nosso)

Tornou-se, com isso, desnecessária a concordância das partes para as adaptações procedimentais realizadas oficiosamente pelo juiz ao longo do processo. Entendeu-se somente a conveniência de dar a elas a oportunidade para se manifestar acerca dos ajustes pretendidos.

A partir de 1996, o procedimento tornou-se flexível. Questões relativas às formalidades dos atos processuais foram relegadas a um plano secundário, enquanto que os aspectos relacionados à busca da verdade material passaram a gozar de maior relevância no que tange o tema da efetiva prestação jurisdicional.

2.4. O Regime processual civil experimental. Decreto-lei 108/2006

As reformas processuais anteriormente citadas sinalizaram o início da ampliação dos poderes do juiz português na condução do processo. Segundo a exposição de motivos do decreto-lei 329-A/1995, este poder-dever está relacionado à noção moderna e desburocratizada de processo. Com vistas a avançar em direção a uma simplificação e flexibilização do processo civil, o Decreto-lei 108 de 2006 ampliou os poderes de gestão do

¹²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 144.

juiz, não se restringindo apenas a questões relativas à adequação dos fatos às normas de procedimento, permitindo ao magistrado “praticar no processo qualquer ato ou diligência que lhe parecer mais adequado”¹²⁶ e que contribua para um julgamento mais célere, eficiente e justo dos litígios.

O artigo 2º, elaborado pelo referido decreto-lei, imprime exatamente os poderes que se buscou atribuir aos juízes portugueses no processamento dos feitos:

Art. 2º. Dever de gestão processual. O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente: a) Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; b) Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório; c) Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Esse dispositivo foi implementado com o escopo de transformar o direito processual civil português em um instrumento coerente, razoável e eficiente para a realização do direito material. Para que se possa analisar os efeitos gerados por esta norma, o Decreto-lei 108/06, instituiu o chamado Regime processual civil experimental, a ter início em 16 de outubro de 2006. O carácter experimental do decreto tem o propósito de submetê-lo a sua avaliação e revisão:

Artigo 20. Avaliação e revisão. 1 - Durante o período de vigência do presente decreto-lei é garantida a respectiva avaliação legislativa através dos serviços do Ministério da Justiça competentes para o efeito. 2 - O presente decreto-lei é revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor.

Artigo 21. Aplicação no espaço. 1 - O presente decreto-lei aplica-se nos tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça. 2 - Os tribunais a que se refere o número anterior devem ser escolhidos de entre os que apresentem elevada movimentação processual, atendendo aos objectos de acção predominantes e actividades económicas dos litigantes.

Portanto, com a edição do Regime processual experimental, as novidades relativas à gestão processual passariam a ser aplicadas somente em determinados tribunais, cuja movimentação processual fosse considerada elevada; ficariam em pleno vigor pelo prazo de dois anos e, passado esse período, se submeteriam a uma revisão; e se sujeitariam à avaliação legislativa realizada pelo Ministério da Justiça.

A partir das avaliações feitas ao longo de quase dois anos pelo Ministério da Justiça, identificou-se a conveniência em se prolongar o período de vigência do Regime processual experimental e alargar a sua execução a novos tribunais. Em setembro de 2008, o Decreto-lei 187/2008 revogou o disposto na parte 2, do artigo 20, do DL 108/2006 que estabelecia a necessidade de revisão do regime após o prazo de dois anos passando, com isso, a permitir a

¹²⁶ Decreto-lei 108/2006

sua vigência por tempo indeterminado, até que ocorra uma eventual revogação.

2.5. O Novo Código de Processo Civil português de 2013

Em novembro de 2012, o governo português apresentou à Assembleia da República a Proposta de lei n. 113/XII para a elaboração de um Novo Código de Processo Civil. Tal iniciativa foi impulsionada pelo compromisso internacionalmente assumido pela República portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional de rever seu código processual.

Em maio de 2011 entrou em vigor o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Tal documento estabeleceu condições à realização de concessões de assistência financeira da União Europeia a Portugal de modo a determinar a dependência do desembolso financeiro ao cumprimento dessas condicionalidades. Mais especificamente com relação às mudanças observadas no CPC português de 2013, consta nesse Memorando a necessidade de melhorar o funcionamento do sistema judicial por se tratar de em um meio essencial para o funcionamento correto e justo da economia. Tais medidas deveriam ocorrer:

- (i) assegurando de forma efectiva e atempada o cumprimento de contratos e de regras da concorrência;
- (ii) aumentando a eficiência através da reestruturação do sistema judicial e adoptando novos modelos de gestão dos tribunais;
- (iii) reduzindo a lentidão do sistema através da eliminação de pendências e facilitando mecanismos de resolução extra-judiciais.¹²⁷

Com base no ponto (ii), determinou-se o alargamento do regime experimental a quatro tribunais e, mediante avaliação, ponderar sobre sua aplicação em todos os outros tribunais portugueses.

De acordo com a exposição de motivos da proposta de lei para alteração do Código de Processo Civil, tomou-se como medida essencial para sua reforma “a redução das formas de processo e a simplificação do regime [...] apostando, ao mesmo tempo, na desformalização de procedimentos, na oralidade processual e na limitação das questões processuais relevantes [...]”¹²⁸. Junto a isso, e de modo a dar cumprimento às condicionantes estabelecidas no referido Memorando, reforçou-se os poderes de direção do processo pelo juiz com base nos princípios da adequação formal e da gestão processual.

¹²⁷ Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

¹²⁸ Exposição de motivos. Proposta de lei 113/XII.

Apesar de tratar-se de princípios previamente inseridos no sistema processual civil português (princípio da adequação formal em 1996 e o princípio da gestão processual em 2006), estes foram alvos de críticas ao longo da tramitação da proposta de lei. Em um parecer apresentado pela Ordem de Advogados, destacou-se a ideia de que tais princípios iriam promover um “dirigismo autoritário do processo civil” por intermédio de “decisões casuísticas e ad hoc do juiz”, o que afastaria o juiz da sua posição de imparcialidade.

No entanto, há de se ressaltar que esse aumento de poderes do juiz na condução do processo que lhe permite intervir, com alto grau de liberdade, na conformação da tramitação processual não advém da simples arbitrariedade do magistrado. Toda atividade judicial deve ser realizada em consonância com os princípios fundamentais do processo os quais encontram-se previstos no artigo 20, n.4, da Constituição portuguesa: “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. A doutrina tem englobado vários princípios e direitos dentro da noção de processo equitativo, tais como: “igualdade, defesa, contraditório, razoabilidade dos prazos, transparência e fundamentação das decisões, admissibilidade da prova e orientação para a justiça material”¹²⁹. Nota-se, portanto, a existência de limites ao princípio da adequação formal e de gestão processual.

Em junho de 2013, foi aprovada o Novo Código de Processo Civil. A matéria relativa à flexibilização procedimental passou a ser disciplinada no seguinte dispositivo:

Artigo 547.o Adequação formal. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

Nota-se, com a leitura do artigo, o destaque ao princípio da equidade feito pelo legislador português. Apesar de ter sido suprimida a necessidade de se ouvir as partes previamente à adequação formal, foi indicada um princípio de caráter constitucional o qual deve orientar todas as ações a serem adotadas pelo magistrado ao longo do processo.

¹²⁹ GONÇALVES, Ricardo (coord.). Justiça económica em Portugal: gestão processual e oralidade, p.50. Nov. de 2012. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e515179394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a68685a4467774e4441784c544d314e7a67744e44646b4e693035596a63354c5759314f4749774e4751344e6a457a4d6935775a47593d&fich=8ad80401-3578-47d6-9b79-f58b04d86132.pdf&Inline=true>>. Acesso em: 17 de nov. 2014.

CAPÍTULO III - A COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS

Realizada a exposição acerca do procedimento processual civil brasileiro, inglês e português parte-se, então, para a comparação entre os sistemas processuais que apresentar-se-á em perspectivas variadas cujos enfoques foram determinados a partir da seleção de temas que se mostraram relevantes ao longo da presente pesquisa. Para um melhor esclarecimento a respeito da comparação realizada, será feita uma breve explicação da importância, das funções e dos riscos envolvendo o estudo do direito comparado.

1. O Direito comparado.

Conquanto a prática da comparação jurídica remonte à antiguidade clássica¹³⁰, o reconhecimento de sua importância como uma ciência ocorreu somente no século XIX. Durante longo período da história, o direito valia-se de princípios e soluções que deveriam ser extraídos da vontade de Deus, da natureza e da razão humana de modo a estabelecer um direito de valor universal, tornando desinteressante para os estudiosos da época a análise de aspectos que, hoje, compreendemos ser relevantes para a conformação do direito, tais como a cultura, a história e as relações internacionais. Apenas com o movimento de codificação nacional no século XIX e com sua posterior rejeição, o direito comparado encontrou espaço para desenvolver-se¹³¹.

O ordenamento jurídico sofre mudanças no tempo¹³². É certo que fatores extrajurídicos (tais como valores, cultura, princípios, experiência histórica, características antropológicas, sociológicas e econômicas) influenciam na conformação de um direito, o que, conseqüentemente, faz com que reconheçamos o seu caráter dinâmico uma vez que tais fatores estão constantemente em transformação. A complexidade das relações sociais e os

¹³⁰ Nota-se, desde esse período, a realização da comparação dos direitos existentes como meio para aperfeiçoar o sistema jurídico interno e adquirir conhecimentos novos fora dos limites geográficos de determinado povo. Conforme René David: “A comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do direito. O estudo de 153 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras serviu de base ao Tratado que Aristóteles escreveu sobre a Política; Sólon, diz-se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênvios, segundo a lenda, só conceberam a lei das XII Tábuas depois de uma pesquisa por eles levada a cabo nas cidades da Grande Grécia” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 1).

¹³¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 2-3.

¹³² “[...] o ordenamento jurídico constitui uma conexão de sentido histórica. O contexto fático-ideológico condiciona-o, portanto, não só nos atos de produção jurídica, mas também nos momentos de interpretação e aplicação normativas. [...] A condicionalidade histórica do ordenamento jurídico revela-lhe uma de suas características básicas: a dinamicidade. Característica essa que não se limita à questão da criação-revogação de normas jurídicas; abrange fundamentalmente o problema da mutação das significações normativas, o que se manifesta através dos atos de interpretação e aplicação jurídicas”. (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 20).

acontecimentos que têm ocorrido em âmbito transnacional são pontos que devem ser considerados no processo de renovação do direito que ocorrem, em regra, por reformas legislativas ou por atuação jurisprudencial.

Nesse contexto, ganha importância o estudo do direito comparado que tem como função preponderante a renovação da ciência do direito e a elaboração de um direito internacional¹³³. Mais especificamente no tocante à flexibilização das regras de procedimentos, a comparação jurídica permite extrair informações relativas ao tema a partir do estudo de ordens jurídicas diferentes, que prevejam em seus respectivos ordenamentos processuais a possibilidade de o juiz adequar o procedimento processual às peculiaridades do caso concreto. Tal conhecimento pode servir de subsídio para motivar mudanças no plano jurídico interno¹³⁴.

Realizou-se, portanto, para fins de comparação, o estudo dos sistemas processuais da Inglaterra e de Portugal, exemplos de países cujas jurisdições introduziram nos respectivos ordenamentos processuais a ideia de flexibilização do procedimento processual¹³⁵.

1.1. A relevância da comparação para o desenvolvimento do direito

O conhecimento sobre o funcionamento de sistemas jurídicos estrangeiros permite o acesso a informações relacionadas ao modo como determinado país soluciona seus problemas. Os diferentes sistemas existentes podem nos oferecer uma grande variedade de soluções que não poderiam ser alcançadas apenas com a imaginação de um jurista que se restringe à compreensão de seu próprio sistema¹³⁶. Para isso, a comparação jurídica deve ser

¹³³ “Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas de países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização de diversos direitos”. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014, p.12).

¹³⁴ Na redação da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, é possível notar frequentes menções a sistemas jurídicos estrangeiros os quais serviram de inspiração para as mudanças sustentadas pelos membros da comissão. Por exemplo, as inspirações do direito alemão para a questão da resolução de demandas repetitivas (p.21); do direito italiano e francês para a estabilização da tutela (p.29); do direito inglês para a adaptação do procedimento (p.30). Ademais, conforme manifestação do Presidente da comissão Luiz Fux: “[...] mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law”.

¹³⁵ Na Inglaterra, a *Civil Procedure Rules* (CPR), em vigor desde 1999, estabelece regras as quais reconhecem ao juiz e às partes poderes para adequar o procedimento às questões fáticas da causa. Em Portugal, a flexibilização encontra previsão no art. 547, do CPC/2013: O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

¹³⁶ “The primary aim of comparative law, as of all sciences, is knowledge. [...] simply because the different systems of the world can offer a greater variety of solutions than could be thought up in a lifetime by even the

acompanhada de um estudo dos modelos em confronto¹³⁷ que reconheça a existência de semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos analisados. A partir disso, levando-se em consideração aspectos próprios de cada contexto, é possível verificar as possíveis vantagens e os efeitos que uma importação de regras estrangeiras poderão gerar em um determinado sistema.

De acordo com Alan Watson, muito dificilmente o transplante de normas jurídicas de um dado contexto geraria os mesmos efeitos produzidos em outro, sejam eles positivos ou negativos¹³⁸. Frente a isso, o direito comparado tem como função antecipar possíveis impactos que uma incorporação de normas estrangeiras causaria no funcionamento de um sistema jurídico diverso. Por meio do estudo das particularidades dos sistemas postos em confronto, compreendem-se os motivos por que uma norma pode gerar resultados distintos em contextos diferentes.

A escolha da comparação no presente trabalho revela-se produtiva uma vez que, em face do recente processo legislativo para elaboração de um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), o debate acerca da flexibilização procedimental tem se intensificado. Constatou-se na exposição de motivos do anteprojeto do CPC, a influência estrangeira no tocante à possibilidade de o juiz poder adaptar o procedimento às peculiaridades da causa¹³⁹. O direito comparado teve a função prática de trazer reformas legislativas. Entretanto, após a tramitação no Senado Federal, o dispositivo do anteprojeto¹⁴⁰ que previa a possibilidade de flexibilização do procedimento pelo juiz foi emendado e, dessa maneira, tal ideia foi retirada do substitutivo apresentado por essa casa legislativa. O assunto voltou a ser discutido novamente na casa revisora, a Câmara dos Deputados, mas, dessa vez, com uma abordagem diferente da inicialmente tratada.

Nesse contexto, tendo como objetivos o aperfeiçoamento do direito nacional e a busca por soluções existentes fora do ordenamento pátrio, a comparação jurídica se apresenta

most imaginative jurist who was corralled in his own system". (ZWEIERT, K. e KÖTZ, H. *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p.15).

¹³⁷ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad.: Véra Jacob de Fradeza. 5 ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1992, p. 34.

¹³⁸ "Transplantating frequently, perhaps always, involves legal transformation. Even when the transplanted rule remains unchanged, its impact in a new social setting may be different. The insertion of an alien rule into another complex system may cause it to operate in a fresh way". (WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. London: the university of Georgia press, 1993, p. 116).

¹³⁹ Foi feita uma referência ao processo civil inglês, mais especificamente sobre o "case managemet powers". Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de motivos, p.30.

¹⁴⁰ Art. 107, V, do anteprojeto do CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

como uma abordagem apropriada sobre o assunto, pois permite compreender a efetividade das normas relativas à flexibilização do procedimento em diferentes contextos para que, assim, seja viável a projeção de seus possíveis efeitos no sistema processual civil brasileiro.

1.2. Os problemas decorrentes de uma análise em Direito comparado

A comparação jurídica pressupõe a existência de problemas os quais podem comprometer a exatidão das conclusões e dos resultados atingidos. Alan Watson os descreve em sua obra¹⁴¹, importante ao estudo do direito comparado.

O primeiro problema apontado é a superficialidade dos dados obtidos pelo comparatista que, por depender da análise de fatores extrajurídicos, não consegue detalhar as relações existentes entre o direito e o contexto em que se insere. O segundo é a alta probabilidade de se que incorra em erros, uma vez que o conhecimento do direito estrangeiro, na maioria das vezes, provém de poucas fontes originais e a língua se apresenta, frequentemente, como uma barreira entre o pesquisador e seu tema. O terceiro problema está relacionado à subjetividade da abordagem realizada em que o estudioso destaca determinado ponto e desconsidera outros, o que acaba por se refletir nas conclusões gerais, que não abarcam todos os dados relevantes. O quarto decorre da possibilidade de os sistemas em análise serem totalmente incompatíveis e, por isso, as conclusões tiradas do estudo não terem resultados significativos. E o quinto problema do direito comparado é o da imprecisão dos resultados obtidos diante da dificuldade de se avaliar a extensão e os limites de um direito e, principalmente, da ação interpretativa do pesquisador que, mesmo não intencionalmente, tende a interpretar os resultados do estudo na direção da hipótese que se quer provar.

A existência de tais problemas reforça a noção de que o presente trabalho não tem como finalidade apresentar uma resposta correta e única a um determinado problema. Como demonstrado, o direito comparado pressupõe a existência de barreiras que dificultam o reconhecimento de dados e resultados, extraídos do estudo do jurídico estrangeiro, em sua totalidade. Apesar dessa característica, o direito comparado mantém a importância e as funções anteriormente elencadas ao inspirar possíveis mudanças no direito nacional, graças ao aporte de informações coletadas em outras jurisdições.

¹⁴¹ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. London: the university of Georgia press, 1993, p. 10-15.

Quanto ao estudo do procedimento, esta pesquisa busca, primordialmente, conhecer as formas de flexibilização do procedimento existentes e o modo como operam em diferentes contextos. A análise do sistema jurídico estrangeiro fornece subsídios para se pensar sobre a eficácia do sistema processual brasileiro vigente e informações que sirvam ao desenvolvimento do direito nacional.

A consciência dos riscos inerentes à comparação jurídica também nos permite verificar cautelosamente as afirmações, sustentadas pela doutrina, que se utilizam de exemplos de práticas adotadas em sistemas estrangeiros como forma de fortalecer determinado argumento, tal como ocorreu em um dos momentos da tramitação do projeto do Novo CPC. Esse procedimento será descrito a seguir.

1.2.1. Um exemplo de comparação jurídica problemática

A flexibilização procedimental gerou intensos debates durante a tramitação do projeto do Novo Código de Processo Civil. A princípio, no anteprojeto, apresentou-se o tema como tendo sido inspirado no direito inglês.

Posteriormente, uma das emendas propostas no âmbito do Senado Federal¹⁴² apontou falta de correlação entre as normas sobre flexibilização dispostas no anteprojeto elaborado pela comissão de juristas e o sistema de flexibilização regulado pelas *Civil Procedure Rules*. Afirmou-se que o anteprojeto não apresentou um rol específico e detalhado que restringiria a prerrogativa do juiz de alterar as regras do processo aos limites impostos pela lei, diferentemente do que ocorre no processo inglês¹⁴³. Para sustentar essa alegação, asseverou-se que a regra 3.1. das CPR prevê um rol específico e detalhado dos poderes conferidos ao juiz, o que garantiria às partes um mínimo de previsibilidade. No entanto, faltou cautela por parte do proponente da referida emenda.

Conforme expôs o jurista Neil Andrews, um dos principais colaboradores da justiça civil inglesa, “os itens que compõem esta nova função ativa dos tribunais não estão

¹⁴² Emenda nº 16. Emendas propostas pelo Senador Adelmir Santana estão disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82279&tp=1>>. Acesso em: 9 de out. 2014.

¹⁴³ “A regra inglesa prevê rol específico e detalhado dos poderes conferidos ao juiz [...]. Assegurou-se às partes um mínimo de previsibilidade em relação aos atos que a Corte (o juiz) está autorizado, ou desautorizado, a praticar no curso da demanda. O PLS 166 de 2010, vai na contramão das regras que o inspiram. O art. 107, em seu inciso V, promove uma absoluta subversão das regras de processo, ao atribuir ao juiz a prerrogativa de alterar as próprias regras do processo conforme as conveniências do caso, ao seu arbítrio, e não nos limites que a lei processual lhe imponha, como faz sua inspiração britânica”. (Emenda nº 16. Emendas propostas pelo Senador Adelmir Santana estão disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82279&tp=1>>. Acesso em: 9 de out. 2014).

enumerados de forma exaustiva”¹⁴⁴, indicando em nota de rodapé a mesma regra utilizada para fundamentar parte dos argumentos apresentados na proposta de emenda contrária à flexibilização do procedimento. Além disso, a leitura da alínea “m” da regra prevê que o magistrado poderá, salvo disposições contrárias: “tomar qualquer providência ou emitir qualquer ordem no propósito de conduzir o processo e concretizar o propósito fundamental”¹⁴⁵, desse modo, nota-se que não há um rol detalhado e restritivo da condução do processo pelo juiz.

Ademais, mesmo que a informação apresentada pelo Senador estivesse correta, essa não poderia servir de justificativa para a propositura de tal emenda. O estudo do direito estrangeiro tem como uma de suas funções teóricas fornecer apoio e informações para a promoção de reformas legislativas do direito nacional. Trata-se apenas de uma inspiração, e não de uma vinculação. O que não impede que o legislador possa se basear em práticas jurídicas estrangeiras, ao apresentar certa inovação legislativa, e, ao mesmo tempo, modificá-las para se adequar às particularidades de seu sistema jurídico.

Portanto, conhecer os problemas ligados ao direito comparado habilita o pesquisador a observar informações dessa natureza, apresentadas por doutrinadores nacionais, de maneira mais comedida e cética.

2. A comparação acerca da flexibilização do procedimento processual

Foi possível compreender, a partir dos apontamentos realizados a respeito dos sistemas processuais inglês e português, qual o contexto em que se desenvolveu a necessidade por mudanças relativas à forma de se conduzir o processo nesses países. Ambos introduziram, em seus respectivos ordenamentos, a possibilidade de o juiz adequar o procedimento judicial às especificidades das demandas, as quais evidenciam toda a complexidade inerente à vida em sociedade. Isto posto, esta parte do trabalho tem por escopo fornecer informações pertinentes à flexibilização procedimental e seus reflexos na atividade jurisdicional.

Como já mencionado, o direito processual brasileiro encontra-se em fase de renovação. A tramitação do projeto de lei com vistas à criação de um novo Código de

¹⁴⁴ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴⁵ Tradução feita por Henrique Araújo Costa (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.351).

Processo Civil teve início no Senado Federal no ano de 2010. Nesse contexto, determinados temas se sobressaíram por conta dos duvidosos efeitos que poderiam incidir sobre o funcionamento da justiça brasileira. Dentre esses, destacamos a flexibilização procedimental, que esteve na pauta de muitas das audiências públicas promovidas pelas casas legislativas e foi recepcionada de forma distinta por juristas de diferentes campos de atuação.

A ideia de flexibilização procedimental vai de encontro à cultura brasileira de legalidade das formas. Dado que as manifestações sobre o tema divergem, mostra-se pertinente e salutar valer-se de uma comparação jurídica, pois pode-se, assim, começar a consolidar um ponto de vista. A comparação ampliaria os horizontes de legisladores e juristas, facilitando assim a busca por soluções desprendidas da tradição nacional. Caso esses estejam realmente empenhados na melhoria da justiça civil brasileira, tenderão a promover mudanças com base nas opções que lhes apresentarem mais favoráveis a esse objetivo. Entretanto, de acordo com o processualista Michele Taruffo:

Naturalmente, isso depende da cultura do legislador que está empenhado na reforma: um legislador culto terá as informações necessárias pra fazer escolhas melhores no mercado das ideias relativas à justiça civil, concernentes às suas finalidades e aos instrumentos para promover-las, enquanto um legislador ignorantes (do qual se pode dar vários exemplos, em especial a Itália) tenderá a ser culturalmente autárquico e, portanto, a entender que o ordenamento nacional em particular pode ser reformado tão-somente dentro da sua particular e provinciana cultura, sem qualquer influência útil derivada de outros ordenamentos que já enfrentaram e resolveram – talvez de modo melhor e mais eficiente – os mesmos problemas.¹⁴⁶

O processo judicial destina-se à elaboração de soluções aos conflitos concretos, tendo o juiz a função de analisar fatos e direitos relativos a uma certa demanda para, então, formar sua convicção fundamentada e sentenciar. Tal perspectiva encontra identidade em todos os sistemas processuais que aqui se busca comparar. Entretanto, o grau de ativismo judicial na determinação do procedimento é o ponto divergente e que nos distancia dos modelos inglês e português.

Inglaterra e Portugal autorizam expressamente em seus ordenamentos a prática da flexibilização do procedimento pelo juiz. Diferentemente, no Brasil, prioriza-se a rigidez procedimental e a legalidade das formas. O juiz brasileiro deve seguir rigorosamente os procedimentos descritos em lei, sem ter a liberdade de, mesmo diante das especificidades do caso concreto, tomar medidas diversas das retratadas nas regras processuais.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29.

No entanto, tal circunstância não ocorre por acaso. A previsão legal pormenorizada dos procedimentos é fruto da necessidade de se observar os princípios processuais existentes, tais como a segurança jurídica, a previsibilidade e o devido processo legal. Além do fato de estarmos, conforme já mencionado, culturalmente vinculados a uma mentalidade legalista.

Diante disso, com a comparação dos sistemas processuais traçamos três objetivos. O primeiro consubstanciaria-se em apresentar soluções para o problema da ineficiência da justiça. Em segundo lugar, trataríamos de apontar as diferenças entre as jurisdições em análise relevantes ao tema do presente trabalho. Por fim, exporíamos de que modo os países que adotaram a flexibilização processual enfrentaram questões que justificam limitar a atuação do magistrado em prol de princípios processuais.

2.1. A disciplina do procedimento nos sistemas adversarial e inquisitorial

O procedimento é a “faceta dinâmica do processo”¹⁴⁷ em que se define o tempo, o modo e o lugar que os atos deverão se realizar até que a finalidade almejada pelo processo seja atingida. Tais atos podem ser coordenados pelo juiz ou pelas partes, a depender das características do sistema processual que os regem. No Ocidente, o processo se dividiu em duas grande vertentes: romano-germânica e anglo-saxônica, cada qual adotou as características mais adequadas a seus procedimentos. Diferentemente do passado, hoje não se pode mais caracterizar cada vertente de maneira estanque, os sistemas de direito e os tipos de procedimento já não possuem as mesmas delimitações. Neste ponto, elencar-se-á tais características para mostrar como, no presente, elas têm contribuído para a formação de um novo tipo de processo no Brasil.

Com relação ao procedimento, o evento responsável por ampliar as diferenças existentes entre *common law* e *civil law* foi o fim da utilização de ordálios¹⁴⁸ no processamento de demandas. Na Inglaterra, com a proibição dos ordálios no século XIII, o júri “tornou-se o único método para a decisão das questões de fato”¹⁴⁹, enquanto o magistrado, sujeito inerte no processo, basicamente fiscalizava os atos praticados pelas partes

¹⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p.81.

¹⁴⁸ “ [...] sendo fundados em uma ato de fé relativo à intervenção divina [...] os ordálios eram considerados instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade”. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 20-22).

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 39.

frente ao júri. De maneira distinta, na Europa Continental, desenvolveu-se um mecanismo racional de apuração da verdade dos fatos em que se notava o protagonismo do juiz na condução do processo, ao mesmo tempo em que este era responsável por emitir decisões de mérito das demandas. Tal diferença pode se justificar pela importância que cada um desses sistemas dava às provas. Na *common law*, “os veredictos do júri inspiravam-se muito mais em razões sociais – e até mesmo humanitárias – do que em uma valoração racional das provas produzidas em juízo”¹⁵⁰. Seria factível, nesse modelo de direito, uma decisão contrária às provas apresentadas em juízo. Por outro lado, nos sistemas de *civil law* as provas eram fundamentais ao correto deslinde do processo, visto que a apuração da verdade dos fatos que definia, em grande medida, o mérito da demanda¹⁵¹.

A partir de 1883 passou-se a diminuir as hipóteses de envolvimento do júri no julgamento das causas. Ainda assim, manteve-se na Inglaterra, por um longo período ainda, o sistema adversarial que se caracteriza pelo protagonismo das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas. De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, o procedimento nesse sistema “está caracterizado pelo desenvolvimento de diálogo entre as partes, [...] cabendo ao juiz papel de expectador dos debates e fiscalizador das regras do jogo”¹⁵². No entanto, ao se constatar o esgotamento desse sistema, a partir dos diagnósticos lançados por Lorde Woolf em seus relatórios sobre a justiça inglesa, as *Civil Procedure Rules* de 1999 transferiram poderes de gestão processual ao magistrado. Nesse sentido:

As *Civil Procedure Rules* de 1998, as quais iniciaram sua vigência em 1999, modificaram completamente a estrutura do processo: uma das finalidades principais da reforma foi a de por fim ao sistema adversarial, que havia se mostrado insuficiente e não apto à administração da justiça em uma sociedade moderna, substituindo-o por um sistema em que se confia ao juiz a direção do processo, com a finalidade de realizar uma justiça civil rápida, eficiente e justa.¹⁵³

Nos países de tradição romano-germânica, em geral, o controle do procedimento ficava a cargo dos juízes os quais participavam ativamente no processo. Esse sistema ficou

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 41.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 41-43.

¹⁵² O procedimento, nesse período, moldava-se ao andamento da causa e aos debates em torno do conflito. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 165).

¹⁵³ Tradução livre. “Las Civil Procedure Rules de 1998, que empezaron a regir en 1999, modificaron completamente la estructura del proceso: uno de los fines principales de la reforma, en efecto, fue precisamente el de poner fin al sistema adversary, que se había mostrado insuficiente y ya no apto para la administración de la justicia en una sociedad moderna, sustituyéndolo por un sistema en el que la dirección del proceso se confia al juez, con el fin de realizar una justicia civil rápida, eficiente y justa”. (TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008, p. IX e X).

conhecido como inquisitorial pelo fato de o juiz, em detrimento das partes, ser o responsável por determinar a marcha do processo. Conforme Michele Taruffo, o romano-germânico “se trata de um modelo complexo e sofisticado, composto por muitas partes e por uma sequência de atos e de atividades; parece também evidente que o procedimento é claramente dividido em partes e momentos que seguem um ordem bem definida”¹⁵⁴. Portanto, como forma de impedir eventual arbítrio judicial, exigiu-se nos sistemas inquisitoriais “uma maior rigidez legal no exercício destes poderes, especialmente no tocante à condução do processo”¹⁵⁵. O processo civil brasileiro é regulado por diplomas normativos que dividem seu procedimento em diversas etapas lógicas. Os poderes de seus juízes inquisidores, no tocante as características formais do procedimento, é restrito pelo ordenamento sob a justificativa de evitar-se o arbítrio. Entende-se, assim, o caráter essencialmente inquisitorial do sistema processual civil brasileiro.

Em Portugal, conforme a exposição de motivos do Decreto-lei n. 44.129¹⁵⁶, a condução do processo passou a ser exercida pelo juiz somente com as reformas processuais posteriores ao ano de 1926¹⁵⁷. Antes, a relação processual tinha caráter essencialmente privatista e o juiz atuava passivamente frente às ações realizadas pelas partes. Essa situação se inverteu com o tempo de modo que, atualmente, o código processual português confere ao magistrado amplos poderes de gestão processual.

Nesse contexto, importa ressaltar que a moderna doutrina do direito comparado combate a antiga classificação do direito em sistemas puros (a exemplo da classificação feita por René David, em sua obra *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, que buscou

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 46.

¹⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 165.

¹⁵⁶ Decreto-Lei n. 44129. “O processo civil anterior às reformas empreendidas a partir de 1926 assentava, como de todos é sabido, sobre uma concepção essencialmente privatística da relação processual. Era às partes que competia, por força do princípio da livre disponibilidade da relação material levado até às suas derradeiras consequências, não só a tarefa de impulsionar a actividade dos tribunais e de definir as pretensões sujeitas à apreciação jurisdicional, como o encargo de carrear para o processo todo o material probatório de que ao juiz era lícito conhecer na apreciação da matéria de facto por elas delimitada.

O juiz assistia, numa posição puramente passiva destinada a garantir a imparcialidade do tribunal, ao desenrolar da luta que os pleiteantes dirimiam entre si. O defeito fundamental do sistema, que, além do mais, impedia a necessária fiscalização da actividade instrutória desenvolvida pelas partes, era ainda agravado por outras circunstâncias especiais, como fossem a excessiva relevância atribuída ao formalismo processual, a par das sérias restrições opostas à livre apreciação do tribunal na própria fase do julgamento”.

¹⁵⁷ Importa destacar que: “na Europa continental nunca existiu um modelo homogêneo de processo civil. A disciplina do processo era, ao contrário, extremamente fragmentada em função da diversidade de jurisdições e da pluralidade de fontes reguladores do processo [...]”, o que justifica a existência dos aspectos adversariais no processo civil de Portugal, país de tradição romano-germânica, antes das reformas de 1926. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23).

organizar os sistemas jurídicos em *civil law*, *common law* e socialista). Em uma perspectiva dinâmica do direito processual, o qual se sujeita a influências estrangeiras decorrentes dos efeitos da globalização do direito, tornou-se difícil organizar os diferentes sistemas jurídicos em grupos estáticos e específicos. Sendo assim, a velha indicação de que o modelo adversarial vincula-se à *common law* e o modelo inquisitorial à *civil law* não encontra mais embasamento na atual conjuntura. Segundo o autor Michele Taruffo:

O que se pretende sugerir é que não são mais aceitáveis os termos tradicionais nos quais as distinções entre os dois grupos de ordenamentos foram formuladas [...] o panorama dos ordenamentos processuais atuais muda profundamente também por conta do aparecimento da crescente importância das tendências que não pode ser mais conduzida à estática classificação de cada sistema processual como de *common law*, de *civil law* ou misto.

[...]

Uma análise interessante, mas que não pode ser aqui sequer acenada, poderia dizer respeito à frequência, à intensidade e à importância das trocas entre os sistemas de *common law* e de *civil law*¹⁵⁸.

Conforme já exposto, o processo civil inglês passou a adotar, a partir das *CPR*, características inquisitoriais ao conferir poderes de gestão processual ao magistrado. Nessa mesma linha, nos últimos anos, Portugal também passou por reformas em sua legislação processual os quais foram responsáveis pelo aumento dos poderes de seus juízes. Evidencia-se, com isso, o caráter dinâmico do direito frente às tendências globais e a sua necessidade de conformação à complexidade da vida moderna. Em tais jurisdições, os legisladores fizeram escolhas que entendiam ser mais adequadas às finalidades e aos instrumentos da justiça civil, a ponto de, como no caso inglês, apresentar reformas contrárias à estrutura adversarial que lá vigorou por séculos.

Ao passo que as últimas mudanças realizadas no processo civil inglês e português passaram a ampliar os poderes do juiz, voltando-os para a conformação do procedimento ao caso concreto, no Brasil, notou-se uma tendência diferente. A redação do art. 191, do projeto de lei 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil), submete a realização da flexibilização procedimental à vontade das partes¹⁵⁹. Tal modificação encontra-se em evidente dissonância

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 27-29.

¹⁵⁹ Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. § 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. § 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre

com a produção legal estrangeira, que, havendo outrora adotado um modelo que conferia poderes de condução do processo às partes, reputou-o como inadequado e ineficiente para a realização de uma justiça mais célere.

Diante disso, pode-se concluir que, no tocante à flexibilização procedimental, os sistemas processuais inglês e português alinham-se, no presente momento, às características de um modelo inquisitorial, enquanto que a reforma processual brasileira tem sinalizado uma singela propensão à aproximação de um modelo adversarial ao se constatar o predomínio das partes na adequação do procedimento. Há, no entanto, dúvidas quanto à eficácia desse formato de flexibilização. Os motivos para tanto serão esclarecidos no tópico a seguir.

2.2. Os sistemas de flexibilização do procedimento

Conforme mencionado na introdução do capítulo inicial do presente trabalho, o legislador não é capaz de prever, de forma completa, quais serão as demandas encaminhadas pelos cidadãos ao Judiciário. Não é possível a produção de leis que contenham, com perfeição, os procedimentos adequados para todas as situações cotidianas. Em vista disso, a flexibilização procedimental aparece como um mecanismo dirigido para a redução de eventuais incompatibilidades entre o procedimento e as especificidades do caso concreto, podendo ela derivar da lei, da atuação do juiz ou da vontade das partes.

A complexidade da vida moderna impõe a necessidade de repensarmos a eficiência do procedimento rígido e descrito minuciosamente em lei, como o adotado no Brasil. Antes disso, é preciso compreender o escopo do processo civil: a adequada tutela do direito material. Não basta, para isso, o pronunciamento de mérito pelo juiz. É definitivamente necessário que este ocorra em tempo razoável e de forma fundamentada. Caso o procedimento não seja compatível com determinada demanda, há um sério risco de que não se alcance esse objetivo.

A flexibilização procedimental permite a adequação do procedimento ao caso concreto. Diferente do que se observa no sistema brasileiro vigente: em que o caso concreto é que deve se adequar ao procedimento. Isso acaba por provocar uma incerteza quanto à eficiência de nosso sistema de justiça que se encontra limitado pelo excessivo rigor formal. Muitas vezes, a importância que se imprime aos aspectos formais do procedimento pode

em manifesta situação de vulnerabilidade.

superar a de uma justa tutela jurisdicional, o que contraria a noção de processo como mero instrumento para a proteção e a realização do direito substancial.

Fernando Gajardoni Fonseca, classifica a flexibilização procedimental em três sistemas: os da flexibilização por força de lei, da flexibilização procedimental judicial e da flexibilização voluntária das regras de procedimento. No primeiro, a flexibilização pode ser ‘legal genérica’, em que a norma admite a variação do procedimento a critério do juiz ou, ‘alternativa’, em que se permite ao magistrado optar, dentre as opções previamente estabelecidas em lei, pelo procedimento que melhor se adequa à demanda. No segundo, frente a inexistência de previsão legal, o magistrado tem ampla liberdade na conformação do procedimento, devendo ele determinar os atos processuais que o deverão compor. Por fim, no terceiro sistema, a flexibilização do procedimento “parte dos litigantes, competindo ao juiz papel secundário de controle da legalidade e, especialmente, da razoabilidade da opção eleita”¹⁶⁰.

Conforme essa classificação, podemos indicar que o sistema de flexibilização previsto nas justiças processuais inglesa e portuguesa equipara-se ao da ‘legal genérica’¹⁶¹. Em ambas, não obstante exista a descrição de procedimentos no ordenamento processual, permite-se ao juiz a sua alteração quando isso se mostrar mais conveniente à tutela jurídica do direito material.

Por outro lado, o código processual brasileiro vigente, em regra, não permite a flexibilização do procedimento¹⁶². Algumas tentativas para a sua inserção no novo Código, que se encontra próximo de ser aprovado, foram realizadas ao longo de sua tramitação. A redação final da versão aprovada na Câmara dos Deputados em março de 2014 prevê algumas hipóteses de flexibilização no artigo 139, em que se permite a dilatação de prazos e a alteração da ordem de produção dos meios de prova pelo juiz (flexibilização legal genérica) e no art. 191 o legislador admite mudanças no procedimento, em casos que admitam a

¹⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 157-159.

¹⁶¹ Ver a Regra 3.1. das *Civil Procedure Rules* de 1999 e o Artigo 547, do Código de Processo Civil português de 2013.

¹⁶² Fernando Gajardoni Fonseca, em sua tese de doutorado, aponta algumas hipóteses de flexibilização previstas em nosso código (algumas delas incluídas por reformas posteriores à 1973), são elas: a jurisdição voluntária (art. 1.109); a conversão do procedimento sumário em ordinário (art. 277, §§ 4º e 5º); a facultatividade da audiência preliminar (art. 331, §3º); o ônus da prova e a sua inversão (art. 333 e art. 6º do CDC); a interrupção do curso procedimental pela resolução antecipada do pedido; a conversão legal de recursos. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006).

autocomposição, por convenção das partes (flexibilização voluntária das regras de procedimento)¹⁶³.

Frente a essas últimas alterações no projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, há de se notar que houve, sim, um progresso no tocante à flexibilização procedimental, mas que ocorreu de maneira muito restrita. Em primeiro lugar, porque, no art. 139, foi limitada a intervenção flexibilizadora, a ser realizada pelo magistrado, à dilatação de prazos e alteração da ordem de produção de prova, sendo isso insuficiente para uma real adequação do procedimento às particularidades do caso concreto. E, em segundo, porque a flexibilização prevista no art. 191 decorre da convenção das partes, que podemos dizer que se trata de um tipo de flexibilização que, caso entre em vigor, é capaz de gerar resultados diversos do originalmente imaginado pelo legislador. As consequências desse artigo serão mais bem expostas no tópico seguinte.

2.3. A flexibilização voluntária das regras de procedimento na PL 8.046/2010

O artigo 191, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil), foi pensado com a intenção de promover uma maior participação das partes nas fases do processo ao permitir alterações do procedimento por convenção delas. De acordo com o relatório do substitutivo da Câmara dos Deputados: “Trata-se de importante acréscimo que vai ao encontro de ideia presente em várias passagens do projeto: ampliar a participação das partes no processo, favorecendo o desenvolvimento da noção de cidadania processual”¹⁶⁴. Não obstante tal dispositivo, à primeira vista, aborde a flexibilização procedimental como algo positivo às partes e possível ao nosso sistema, há dúvidas quanto à sua real funcionalidade no desenvolvimento do processo. Busca-se, neste tópico, a partir das experiências estrangeiras do direito processual inglês e português, apontar os motivos pelos quais esse dispositivo pode

¹⁶³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. § 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. § 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁶⁴ Relatório substitutivo da Câmara dos Deputados (relator: Paulo Teixeira), p. 41-43.

não gerar os resultados originalmente esperados pelo legislador brasileiro.

O texto do *caput* do art. 191 autoriza as partes, desde que plenamente capazes, a convencionar os seus direitos e deveres processuais e os ônus que possam recair contra si. Tal hipótese estaria limitada aos casos envolvendo direitos que admitem a autocomposição. Caberia ao magistrado fiscalizar e controlar a validade das convenções, podendo recusar a aplicação de eventual acordo somente em casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em caso de que quaisquer das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. No mais, o dispositivo prevê a possibilidade de as partes e o juiz, em comum acordo, fixarem um calendário de prazos para a prática dos atos processuais. Nota-se uma maior participação das partes na adaptação do procedimento, e uma menor participação do juiz. Tal ponto pode indicar um certo receio, por parte do legislador, em dar ao juiz poderes na condução do processo, podendo isso ser depreendido das palavras do relator do projeto Paulo Teixeira que fez questão de destacar o seguinte aspecto: “a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais”¹⁶⁵.

Em Portugal, o Decreto-lei 329-A/1995¹⁶⁶ configurou-se como a primeira iniciativa legislativa a introduzir a flexibilização do procedimento ao seu código processual. O dispositivo que a regulou foi o art. 265-A, que condicionou a adaptação do procedimento, a ser realizada oficiosamente pelo juiz, com concordância das partes. Ou seja, de forma similar ao art. 191 do PL 8.046/10, a flexibilização procedimental, nessa situação, dependeria da vontade das partes para que pudesse ser implementada no processo. No entanto, esse dispositivo foi reformado no ano seguinte, por força do Decreto-lei 180/1996, para que fosse excluído da redação do artigo a necessidade de acordo das partes para a adaptação do procedimento pelo juiz. Como já foi exposto, entendeu-se que essa exigência colocaria em risco a sua utilidade prática frente à dificuldade de se obter acordos entre partes que, na maioria das vezes, encontram-se polarizadas diante das situações fáticas e jurídicas controversas defendidas por cada uma delas.

Com base nas reflexões do legislador português que motivaram a reforma do art. 265-A, coloca-se em questão a utilidade prática que terá o art. 191, caso esse entre em vigor

¹⁶⁵ Relatório substitutivo da Câmara dos Deputados (relator: Paulo Teixeira), p. 41-43.

¹⁶⁶ Art. 265-A. 1 - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado. 2 - Na execução da atribuição referida no número anterior, determina o juiz a realização dos actos que melhor se adequem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem manifestamente inúteis para o fim do processo. (grifo nosso)

com a aprovação do PL 8.046/2010. Vale ressaltar que a falta de funcionalidade da forma de flexibilização descrita nesse dispositivo, no contexto brasileiro, pode se dar de forma ainda mais gravosa, uma vez que a iniciativa para a flexibilização depende também da vontade da partes ao passo que o juiz tem o papel de apenas fiscalizar as convenções e intervir somente em situações específicas.

Entretanto, caso essa previsão se mostrar falha e a flexibilização procedimental negociada pelas partes e seus advogados venha a ser plenamente realizada, as dúvidas com relação à sua eficiente utilização persistem.

É também possível prever efeitos extremamente danosos à realização da justiça processual, com a flexibilização procedimental voluntária, quando visualizamos o contexto anterior à introdução das *CPR* na Inglaterra. Nesse período, o juiz atuava passivamente na condução do processo dado que caberia às partes deliberar sobre a marcha do processo. Tal modelo foi classificado como adversarial. Segundo a análise realizada por Lord Woolf, em seus relatórios sobre a justiça inglesa, o protagonismo das partes na condução processual era um dos principais motivos de o processo civil inglês ser lento e caro. As partes e seus advogados, pouco cooperativos uns com os outros, utilizavam-se de estratégias com a mera intenção de prejudicar o seu “adversário”, o que acabava prolongando o processo e gerando mais despesas. Em vista disso, em 1999, entraram em vigor as *Civil Procedure Rules* as quais entregaram poderes de condução ao juiz que passou, conforme o *overriding objective* (o objetivo fundamental), a gerir o processo com vistas à alcançar uma justa e adequada tutela do direito material.

A possibilidade de adequação do procedimento por convenção das partes remete-nos ao sistema adversarial. Evidentemente que, no caso do art. 191, os abusos seriam menores que os observados no passado inglês, uma vez que a indispensável necessidade de acordo entre as partes para a realização de ato diverso ao que já se encontra previsto em lei evitaria, em certa medida, alterações prejudiciais aos envolvidos. No entanto, vale lembrar que, algumas vezes, uma eventual alteração convencionada pode parecer não causar prejuízos às partes individualmente, mas indiretamente, quando analisados seus efeitos no processamento como um todo, é possível que danos graves e irreparáveis sejam verificados. Normalmente, as partes de um processo judicial litigioso se encontram polarizadas e estão dispostas a realizar acordos caso o benefício que sobre elas recair for maior do que o da outra parte. A liberdade concedida às partes de redefinir aspectos do processo é que aproxima a flexibilização negociada ao modelo adversarial.

No relatório do substitutivo da Câmara dos Deputados, foram feitos elogios à forma consensual de solução de disputas de modo a nos passar a impressão de que a flexibilização mediante acordo das partes, prevista no art. 191, nela se inspirou:

Se solução consensual do litígio é benéfica e querida, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso¹⁶⁷.

Conhecendo-se a premissa criadora da flexibilização prevista no art. 191, é possível notar a sua fragilidade. Importar características do processo autocompositivo e implantá-las no processo judicial pode representar um fracasso uma vez que a estrutura e o objetivo de desses tipos de processos diferem bastante. O processo autocompositivo é informal, oral e visa, basicamente, a atingir acordos espontâneos. Por exemplo, na mediação não há uma análise de fatos e direitos como ocorre no processo judicial, mas um cuidado para com os sentimentos e interesses das pessoas que recorrem a este mecanismo de resolução de conflito para resolver suas questões por meio de um diálogo respeitoso entre as partes, conduzido por um mediador treinado. O processo judicial, por sua vez, limita-se a uma análise de fatos e direitos e as partes não são preparadas por um terceiro para dialogarem pacificamente. Desse modo, é difícil imaginar as partes realizando, amigavelmente, acordos para flexibilizar as normas processuais, sem colocar interesses individuais à frente.

No entanto, mesmo no caso em que as partes demonstrarem aptidão para um diálogo respeitoso e despretensioso, o mais indicado seria o magistrado propor o encaminhamento do processo a um meio consensual de resolução de disputas em que um profissional preparado terá maior habilidade em promover um acordo verdadeiramente consensual. Nessa hipótese, além de as partes resolverem suas questões, o estariam fazendo de forma mais célere, barata e simples.

Ademais, outro ponto que corrobora com uma visão pessimista relacionada ao art. 191 decorre da falta de limitação ao uso da flexibilização (*caput*: “Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”). O dispositivo não condiciona o uso da flexibilização à necessidade de adequação do procedimento às particularidades de uma demanda. Entende-se que as partes tenham ampla liberdade de, a qualquer momento, “[...] antes ou durante processo”, negociar sobre “os seus

¹⁶⁷ Relatório substitutivo da Câmara dos Deputados (relator: Paulo Teixeira), p. 41.

ônus, poderes, faculdades e deveres” independentemente de uma análise da realidade do caso concreto. Frente a isso, coloca-se em dúvida se a redação de tal dispositivo realmente se alinha à noção de flexibilização, que seria a adequação do procedimento ao caso concreto. Nada impedindo, portanto, que acordos realizados pelas partes sejam feitos contrariamente às necessidades do direito pleiteado em juízo.

Pode-se concluir que, caso o projeto do Novo Código de Processo Civil seja aprovado com o art. 191, muito provavelmente, a flexibilização voluntária gerará efeitos diversos ao imaginado inicialmente pelo legislador. Sobre esse dispositivo, duas hipóteses foram expostas neste tópico: i) não terá utilidade prática, porque as partes não estarão dispostas ao consenso e, assim, o sistema processual continuará ineficiente; ou, ii) será utilizado, mas de modo indevido, agravando ainda mais os problemas por que passa o sistema processual brasileiro. Portanto, as previsões com relação ao art. 191 indicam para uma negativa atuação do dispositivo, caso este passe a vigorar.

2.4. Mecanismos de controle

Podemos reputar como mecanismo de controle os diversos sistemas inerentes ou não ao Poder Judiciário que têm por objetivo evitar o arbítrio judicial e/ou o mal uso dos poderes e das prerrogativas do juiz. Historicamente, diferentes sistemas legais criaram seus próprios institutos para evitar que o poder jurisdicional fosse mal utilizado. Entretanto, o que se busca aqui é entender como esses mecanismos são aplicados na flexibilização procedimental com fim de melhor analisar a situação brasileira.

Em Portugal, pode-se encontrar no art. 20, da Constituição portuguesa¹⁶⁸ uma série de princípios constitucionais que dão os parâmetros da atuação judicial. O juiz deve observar tais preceitos constitucionais ao realizar adaptações do procedimento às particularidades de uma demanda. Para os doutrinadores do país, o conjunto de preceitos constitucionais delimitadores do poder e garantias processuais clássicas, como “igualdade, defesa, contraditório, razoabilidade dos prazos, transparência e fundamentação das decisões, admissibilidade da prova e orientação para a justiça material”¹⁶⁹, são componentes de um sistema com o objetivo de proteger o cidadão contra o exercício arbitrário da jurisdição.

¹⁶⁸ Artigo 20, n.4, da Constituição portuguesa: “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Ricardo (coord.). Justiça económica em Portugal: gestão processual e oralidade, p.50. Nov. de 2012. Disponível em:

Na Inglaterra, a capacidade do juiz de moldar o processo conforme o caso concreto deve se enquadrar dentro dos preceitos do *overriding objective* (objetivo fundamental)¹⁷⁰. Tais dispositivos têm como objetivo principal a construção de um processo mais justo e eficiente¹⁷¹. A obediência a tais regras associada a um sistema de duplo grau de jurisdição assegura as partes contra a má utilização do poder jurisdicional.

No Brasil, os arts. 107, V e 151, §1º, do Anteprojeto do Novo CPC, os quais previam um sistema de flexibilização procedimental realizada pelo juiz, foram derrubados no Senado Federal por diversos argumentos. Foi afirmado pelos parlamentares contrários a esse dispositivo que o formalismo procedimental integra a noção de devido processo legal; a mudança do procedimento pelo juiz constituiria uma arbitrariedade; as regras servem para conter o poder do juiz e orientar a estratégia de defesa da parte; houve um desvirtuamento das regras inglesas que serviram de inspiração para a elaboração desses dispositivos uma vez que naquelas o legislador britânico se atentou em apresentar um rol específico e detalhado dos poderes conferidos ao juiz, enquanto que nesses não houve a delimitação da atuação do magistrado ficando ao seu arbítrio o poder de alterar regras.

Devido a isso, o dispositivo foi modificado e, caso passe a vigorar a redação do art. 191 do PL 8.046/2010, o procedimento brasileiro somente poderá ser adequado às especificidades do caso concreto mediante acordo entre as partes, salvo duas exceções em que o juiz poderá atuar oficiosamente que são para dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova. Tal situação constitui um avanço em relação à ineficiente tutela do direito brasileiro, ainda que tímido e insuficiente.

Uma mudança maior é necessária. Contudo, essa necessidade foi tolhida por argumentos lançados ao longo da tramitação do Código projetado nas casas legislativas. A

<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e515179394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a68685a4467774e4441784c544d314e7a67744e44646b4e693035596a63354c5759314f4749774e4751344e6a457a4d6935775a47593d&fich=8ad80401-3578-47d6-9b79-f58b04d86132.pdf&Inline=true>>. Acesso em: 17 de nov. 2014.

¹⁷⁰ The CPR transferred control of litigation from the parties to the court. The court was charged with the task of directing and managing the litigation process. To this end the court was set an objective: the overriding objective. The overriding objective reflects a modern conception of justice, which acknowledges the need for delivering court adjudication within a reasonable time and by proportionate use of litigant and court resources, as well as judgments that are correct in fact and in law.” (ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009, p.106).

¹⁷¹ “[...] sem parâmetros de controle, um juiz minimamente ativo se torna potencialmente autoritário. É dessa revolução que estamos tratando, por meio da qual uma postura ativa do juiz (*case management*) orientada pelos princípios do CPR (*overriding objective*) busca construir um Judiciário melhor”. (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p. 26).

principal alegação foi que o aumento dos poderes do juiz na condução do processo acarretaria em um aumento de medidas arbitrárias tomadas pelo magistrado e, para que isso não ocorresse, deveriam ser mantidas a rigidez e a descrição minuciosa das regras de procedimento. Contrariamente a essa percepção, entende Fernando Gajardoni Fonseca que:

Exatamente por força da ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, tem se exigido dos sistemas inquisitoriais uma maior rigidez legal no exercício destes poderes, especialmente no tocante à condução do procedimento, sob a falha premissa de que só assim é possível o controle do arbítrio judicial. Premissa falha, pois a participação das partes em contraditório e a possibilidade de recurso para instâncias superiores garantem suficientemente o processo contra decisões arbitrárias ou ofensivas das garantias constitucionais do processo.¹⁷²

Embora existam mecanismos de controle, de forma alguma eles vão prevenir toda e qualquer atividade arbitrária do juiz. O mau uso do poder é um risco a que nos submetemos por viver em sociedade a qual delega poderes a agentes que sirvam ao interesse público. Resta aqui refletir se o risco é razoável. Os juízes são indivíduos que, pela sua ocupação, são dotados de poderes. Portanto, mesmo em um sistema rígido em que documentos legais regulem minuciosamente a atividade dos juízes, existirá ainda um enorme espaço para o arbítrio na atuação desses indivíduos.

A flexibilização procedimental tem o objetivo de garantir o direito à tutela jurisdicional da forma mais eficiente possível. Embora sua adoção possa trazer um incremento ao risco de abuso de poder, não podemos deixar de reafirmar que tal risco já existe em nosso sistema. Nenhuma decisão política vai gerar exclusivamente benefícios. Cabe aos responsáveis pela escolha balancear os ganhos contra os prejuízos para encontrar a melhor solução possível. Os prejuízos dos cidadãos que aguardam anos para obter uma decisão judicial em um sistema ineficiente, quando postos em confronto a um suposto risco inerente ao nosso sistema processual anacrônico, por si só justificam uma mudança.

3. Uma mesma solução para problemas diferentes?

Na Inglaterra, a reforma do procedimento teve como objetivo principal a diminuição dos custos judiciais e das despesas do Estado com a manutenção do aparelho jurisdicional¹⁷³.

¹⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008, p. 165.

¹⁷³ Lorde Woolf, em 1995, no relatório provisório: o problema dos custos é o mais grave dos problemas que enfrenta o nosso sistema processual civil. Reforçou essa noção no relatório final, publicado um ano depois, ao expor os motivos pelos quais se revelam importantes a preocupação quanto aos custos: a) o processo é tão caro que a grande maioria das pessoas não é capaz de pagar por ele a menos que receba algum tipo de ajuda financeira; b) os custos relativos ao curso do processo são desproporcionais quando comparados às questões

Não podemos esquecer que seis dispositivos indicam, repetidamente, somente na parte 1 das *CPR*, que um dos objetivos das mudanças promovidas pelo código é de tornar a justiça mais econômica¹⁷⁴. A avaliação da aplicação das *CPR* nos mostra que tal objetivo não foi alcançado, por inúmeras razões, e as custas processuais não só não se mantiveram as mesmas como, em alguns casos, aumentaram¹⁷⁵. Entretanto, a mudança provou-se eficiente em cumprir um importante objetivo secundário: a maior celeridade processual. Conforme análise estatística da evolução do sistema judicial inglês, por força da reforma implementada em 1999, apresentada por Gajardoni:

A reforma processual civil inglesa, de acordo com fontes do governo britânico, foi considerada exitosa logo após três anos de adoção da *CPR*. Acompanhamento estatístico da reforma mostrou que o tempo médio de julgamento de um caso nas cortes locais caiu de 639 (seiscentos e trinta e nove) dias em setembro de 1997 (antes das *CPR*) para 498 (quatrocentos e noventa e oito) dias em 2000-2001. Revelou, ainda, que o tempo entre a reclamação e a audiência inicial nos juizados de pequenas causas, apesar de aumentar logo após a introdução das *CPR*, começou a cair a partir de 2002¹⁷⁶.

O Judiciário brasileiro é caracterizado tanto no meio jurídico quanto para leigos como extremamente moroso. Embora o direito à razoável duração do processo esteja amparado pela Constituição Federal no art. 5º, LXXVIII (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), o Judiciário brasileiro não se encontra munido de instrumentos necessários e adequados para cumpri-lo.

O processo que deveria se configurar como “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como o fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”¹⁷⁷ tem sofrido um desvirtuamento de sua função. E uma das razões disso é a rigidez do procedimento, que impõe obediência incondicional a regras minuciosamente descritas em nosso código, sem que sejam contemplados os aspectos

envolvidas; e, c) os custos são incertos, o que dificulta a possibilidade de as partes preverem quais os limites de suas responsabilidades caso restem vencidos ao final.

¹⁷⁴ Regras 1.1.(1); 1.1.(2); 1.1.(2)b; 1.1. (2)ci; 1.1.(2)d; e, 1.4.(2)h.

¹⁷⁵ “One of the few points on which all the contributors to this volume would agree, at least of those who express an opinion on matter, is that the problem of costs has not been under control by the *CPR* [...]”. (DWYER, Déirdre. *Introduction*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009, p.7).

¹⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006, p. 136.

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 29, 30.

particulares do caso levado a julgamento. Tal circunstância pode gerar injustiças, tanto com relação ao tempo quanto ao conteúdo dos pronunciamentos judiciais.

Para ilustrar esse ponto de vista, podemos mencionar o seguinte exemplo: a lentidão judiciária gera prejuízos à economia, pois credores com justo direito de receber perdem o grande custo de oportunidade que não é de forma alguma ressarcido completamente apenas com os juros de mora e a correção monetária. Nesse caso, é possível perceber que a tutela adequada não se resume a uma sentença favorável àquele que sofreu um dano, depende também de uma razoável duração do processo. Infelizmente, a insatisfação do jurisdicionado, no exemplo citado, não se restringe a esse caso hipotético. Tal descontentamento é generalizado e faz parte de nossa realidade em que a justiça tardia, muitas vezes, equipara-se à sua inexistência. Afinal, um direito pode ser tutelado e pode ser protegido, mas a lentidão da execução de sua defesa pode, dependendo de sua magnitude, se igualar a uma situação em que tal direito não é defendido.

Portugal enfrenta problema semelhante ao nosso. A lentidão da justiça nesse país é severa ao ponto de, no início deste ano, ter sofrido condenação pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos devido à demora no processamento de quatro processos, dentre eles o de um senhor que espera há 17 anos para receber uma dívida se encontra em processo de execução¹⁷⁸. Portanto, esse país europeu sofre do mesmo problema da demora por que passa o sistema processual brasileiro.

Notamos que apesar de as mudanças promovidas pelo código processual inglês não terem solucionado o maior de seus problemas (os custos), a justiça ficou mais célere. A atribuição de poderes ao juiz para gerir o funcionamento do processo, o que inclui a permissão para flexibilizar o procedimento, foi a principal dentre as mudanças promovidas. Diante disso, é válido refletirmos se a solução adotada na Inglaterra serviria para solucionar o problema da morosidade no Brasil.

Para uma melhor avaliação dessa hipótese, podemos nos utilizar do exemplo de Portugal. Em setembro de 2013, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil português que, como medida para melhorar a eficácia e a celeridade processual, incorporou em seu texto

¹⁷⁸ O tribunal considerou que houve violação de artigos da Convenção dos Direitos do Homem, obrigando o Estado português ao pagamento de um total de 20.640 euros. *Lentidão da justiça vale condenação europeia a Portugal*. Estado vai ter de pagar indemnizações que somam 20.640 euros. Num dos casos, de uma acção executiva (cobrança de uma dívida comercial), o processo dura há 17 anos em Lisboa.” Disponível em: http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=26&did=137143> . Publicado em: 28-01-2014. Acesso em: 25 de nov. 2014.

o ‘dever de gestão processual’ e o ‘princípio da adequação formal’. Nessa ocasião, a ampliação dos poderes do juiz foi recepcionada pelo novo código com o fulcro de gerar maior rapidez na solução dos litígios¹⁷⁹. Nesse contexto, importa ressaltar que a condução do processo é feita pelo juiz que, de acordo com as especificidades da demanda, tem a liberdade para deliberar acerca de eventual mudança no procedimento. Tal mudança foi implementada com base nos fundamentos do *case management* inglês:

[...] é relativamente estranha a sua introdução num sistema como o nosso em que a tramitação processual é complexa, assente num modelo que comporta fases rígidas e muitas preclusões para as partes.

De assinalar ainda que se trata de figura importada de ordenamentos que têm pouco em comum com o português. Refiro-me ao direito inglês, depois das Civil Procedure Rules de 1998, no qual a gestão processual se parece caracterizar nomeadamente pelos seguintes poderes do juiz.¹⁸⁰

Em Portugal, a ampliação dos poderes do juiz ainda é um evento recente, o que acarreta dificuldade em se coletar dados seguros a respeito dos efeitos dessa reforma. Informações dessa natureza são incertas e, na maior parte das vezes, advêm de meras suposições e previsões feitas por juristas portugueses. Sendo assim, não é possível saber ainda se o resultado da importação portuguesa do *case management* inglês será bem-sucedido.

Em vista disso, apesar do alto custo ser um problema considerável na Inglaterra, é a lentidão do processo que preocupa a sociedade brasileira¹⁸¹ e portuguesa. Portugal adotou as medidas implementadas no processo inglês, as quais contribuíram para a diminuição da demora no julgamento das causas em tramitação nas cortes inglesas. Os efeitos nessa jurisdição ainda são incertos uma vez que, de acordo com Alan Watson:

O transplante frequentemente, talvez sempre, envolve uma transformação legal. Mesmo quando a regra transplantada permanece inalterada, o seu impacto em um

¹⁷⁹ O Programa do XIX Governo Constitucional prevê como medida essencial a reforma do Processo Civil, mediante a redução das formas de processo e a simplificação do regime, assegurando eficácia e celeridade, apostando, ao mesmo tempo, na desformalização de procedimentos, na oralidade processual e na limitação das questões processuais relevantes, tornando o processo mais eficaz e compreensível pelas partes. (Exposição de motivos do projeto de lei 113/XII do CPC).

¹⁸⁰ ALEXANDRE, Isabel. *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil*. In: O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo código de processo civil, p. 88. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/formacao_jornadas.php>. Acesso em: 25 de nov. 2014.

¹⁸¹ “A conclusão é de que vivemos problemas diferentes da Inglaterra. Em nenhum momento no relatório brasileiro o problema de custos aparece como uma barreira ao acesso à justiça. O principal problema relatado é mesmo o acúmulo de processos”. (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012, p.237).

novo ambiente social pode ser diferente. A inserção de uma regra estrangeira em um outro sistema pode fazer com que ela funcione de uma maneira nova¹⁸².

As reformas processuais inglesas e portuguesas sinalizam uma nova mentalidade acerca do processo civil. Nota-se, a partir do estudo desses sistemas jurídicos, uma tendência em se valorizar a atuação judicial, dotando-o não só de poderes, como também de deveres, na busca de uma tutela jurisdicional adequada. Nesse contexto, importa destacar a importância de que nós, juristas brasileiros, nos atentemos às tendências e mudanças recentes no processo civil em jurisdições estrangeiras para que, assim, possamos fazer escolhas conscientes e voltadas para uma real melhora de nosso complexo sistema de justiça.

¹⁸² Tradução livre. “Transplantating frequently, perhaps always, involves legal transformation. Even when the transplanted rule remains unchanged, its impact in a new social setting may be different. The insertion of an alien rule into another complex system may cause it to operate in a fresh way”. (WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. London: the university of Georgia press, 1993, p. 116).

CONCLUSÃO

O processo civil brasileiro vigente tem se mostrado incapaz de tutelar, adequadamente, os direitos pleiteados pelos cidadãos no Judiciário. Os motivos para isso são vários e esses têm se apresentado problemáticos devido à dificuldade na busca por soluções que lidem com tais questões de forma satisfatória. Foi mencionado ao longo deste trabalho que a lentidão processual é um dos principais problemas que afetam a justiça brasileira. A sua existência é um fator nocivo à imagem e à efetividade do Judiciário brasileiro. Sendo assim, é vital que se combata tal característica negativa do sistema processual nacional.

O Código de Processo Civil vigente entrou em vigor no ano de 1973. Tal código foi oriundo de um regime não-democrático e concebido para um sistema em que o direito civil não era regulamentado pelo Código Civil de 2002 e os preceitos constitucionais diferiam enormemente daqueles preconizados pela Constituição Federal de 1988. É evidente que nosso processo civil está regrado por um documento há muito obsoleto, mesmo com as diversas reformas realizadas a partir da década de 90. É impossível se modificar o caráter geral da lei. Por esse motivo, em 2010, optou-se por se confeccionar um novo diploma que regulamentasse o Processo Civil brasileiro, e não por realizar uma nova reforma que não conseguiria atingir a essência da mudança pretendida.

Durante a realização deste trabalho estava sendo debatido no Congresso Nacional o Novo Código de Processo Civil (NCPC). Apesar desse diploma normativo não se constituir uma solução milagrosa para as deficiências do nosso processo, poderia se consubstanciar em um poderoso instrumento de mudança.

Uma das ideias trazidas pelo Novo CPC é a flexibilização do procedimento. Tal instituto possui diversas formas de aplicação, algumas delas adotadas por países como Portugal e Inglaterra. Os ingleses, como já foi mencionado, abandonaram antigas características de seu procedimento como, por exemplo, a autonomia das partes e deixaram nas mãos do magistrado o poder de adequar o procedimento ao caso concreto. Essa iniciativa resultou em um reforço da celeridade processual nesse país, ponto reputado como positivo por diversos doutrinadores. O juiz inglês, longe de se encontrar limitado por regras minuciosas e detalhistas que tentam amarrar o procedimento para evitar o arbítrio, tem grande liberdade decisória. Apesar de normas de caráter geral constituírem os únicos guias para atuação de tais profissionais, não há em tal país preocupação tão grande com o arbítrio judicial. Afirmação

esta que deriva, em primeiro lugar, da existência de mecanismos de controle que reprimam o mau uso do poder jurisdicional e, em segundo lugar, da conclusão de que uma solução que buscasse a eliminação completa do arbítrio do juiz terminaria por agravar, de forma muito mais prejudicial, outros problemas como, por exemplo, a morosidade da Justiça.

O sistema de flexibilização procedimental preconizado pela última versão do NCPC¹⁸³, segundo os debates realizados pelos parlamentares, é o da flexibilização baseada no acordo entre as partes. Sistema de flexibilização similar ao que consta no código projetado também foi apresentado em revisão do código processual português, realizada em 1995¹⁸⁴. Entretanto, a necessidade de concordância das partes como pré-requisito para que se possam efetuar mudanças no procedimento foi entendida como uma barreira para a adequação formal dos atos processuais às particularidades de uma demanda. Isso porque a obtenção de concordância de partes já envolvidas em um processo litigioso não é usual. Tal percepção, terminou por ocasionar o abandono de tal sistema, no ano seguinte¹⁸⁵, em detrimento de um sistema de flexibilização procedimental centrado no juiz.

O juiz dotado de poderes que o possibilitem adequar as regras procedimentais às particularidades do caso concreto será capaz de tomar diversas atitudes que aproximem o procedimento de objetivos como a celeridade processual. A flexibilização permitiria, por exemplo, ao magistrado a supressão de atos considerados desnecessários ou mesmo a adoção de atos próprios de outras espécies procedimentais para o devido processamento de um feito. Modificações dessa natureza seriam realizadas apenas em situações de caráter excepcional, quando as regras descritas no ordenamento não forem suficientes para o deslinde da causa.

Um importante instrumento, apesar de não perfeito, para se tentar ampliar a visão dos problemas e buscar novas possibilidades de resolução é o direito comparado. Estudando direitos de países como Inglaterra e Portugal vimos que a flexibilização do procedimento proveniente da discricionariedade do juiz, limitada por preceitos gerais (pela *overriding objective* na Inglaterra e por preceitos constitucionais em Portugal), foi um grande instrumento para se aproximar de uma solução do problema da morosidade em tais países.

Ademais, pode-se observar no trabalho legislativo do Congresso Nacional que os parlamentares entendem a deficiência do nosso processo e buscam tomar medidas para encurtar o tempo de espera para a resolução destes. Entretanto, suas medidas no Novo CPC

¹⁸³ Projeto de lei 8.046/2010. Substitutivo da Câmara dos Deputados, março de 2014.

¹⁸⁴ Decreto-lei 329-A/1995.

¹⁸⁵ Decreto-lei 180/1996.

são demasiados tímidas e, caso não sejam reconsiderados os posicionamentos contrários à flexibilização procedimental, cujo principal argumento é a abertura da arbitrariedade dos juízes, poderemos ver a manutenção de tal problema.

A arbitrariedade dos juízes é algo extremamente nocivo à população, mas passível de controle. Justificar a manutenção de um defeito tão grave, como a demora da justiça no Brasil, com o aumento hipotético de um problema que já existe mesmo em nosso sistema que restringe a liberdade do juiz, é uma grande ilusão. Assim, o objetivo principal deste trabalho foi expor tais considerações para que possamos caminhar em direção ao futuro que proporcione um procedimento mais célere e adequado à proteção dos direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Isabel. *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil*. In: O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo código de processo civil, p. 88. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/formacao_jornadas.php>. Acesso em: 25 de nov. 2014.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O positivo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: ícone, 1995.

CAENEGEM, RCV. *The birth of the English common law*. 2 ed. Cambridge: University Press, 2004.

CLARKE, Anthony. *The woolf reforms: a singular event or an ongoing process?*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese de doutorado em direito, PUC/SP, 2012.

COSTA, Moacir Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Martins fontes, 2014.

DWYER, Déirdre. *What is the meaning of cpr r 1.1 (1)?*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009.

DWYER, Déirdre. *Introduction*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto073.doc>>. Acesso em 12 de out. 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, abr. 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de doutorado em Direito. USP/São Paulo, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190 t.1, abr./jun. 2011, p. 163-177.

GONÇALVES, Ricardo (coord.). *Justiça económica em Portugal: gestão processual e oralidade*. Nov. de 2012. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e515179394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a68685a4467774e4441784c544d314e7a67744e44646b4e693035596a63354c5759314f4749774e4751344e6a457a4d6935775a47593d&fich=8ad80401-3578-47d6-9b79-f58b04d86132.pdf&Inline=true>>. Acesso em: 17 de nov. 2014

IBBETSON, David. *Common law: English common law*. In.: The Oxford International Encyclopedia of Legal History. Oxford: University Press, 2009, p. 82

JOLOWICZ, J.A. *Civil litigation: what is it for?*. In: The Civil Procedure Rules: ten years on. Oxford: OUP, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. 2 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Volume 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MENDES, Armindo Ribeiro. *O processo executivo no futuro do código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Ba62c667e-c5bf-44c0-a7eb-2c3d154dbef9%7D.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. 2014.

MITIDIERO, Daniel & OLIVEIRA, Alvaro de. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. Volume 1. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Barbosa. *A revolução processual inglesa*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 9. Out. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. *A recepção legislativa e a sua utilização no direito processual pátrio: um diálogo com o ordenamento jurídico português*. Revista de Processo. Vol. 231. Mai. 2014, p. 304.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad.: Véra Jacob de Fradeza. 5 ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TURNER, Robert. 'Actively': *the word that changed the civil courts*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. London: the university of Georgia press, 1993.

ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. In: *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009.

ZWEIERT, K. e KÖTZ, H. *An introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.